Eingriffsschutz und Opfersicherung im Haftungssystem des Zivilrechts (I)

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Ulrich Bälz
aus Stuttgart

1970

1969

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547605_0026

Eingriffsschutz und Opfersicherung im Haftungssystem des Zivilrechts (I)

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von
Ulrich Bälz
aus Stuttgart

1970

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. jur. Otto Bachof

1. Berichterstatter: Professor D. Dr. jur. Dr. phil. h.c. Ludwig Raiser

2. Berichterstatter: Professor Dr. jur. Fritz Baur

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Dezember 1969

Vorbemerkung

Die nachstehenden Überlegungen bilden den ersten Teil einer umfassender angelegten Untersuchung, die aus der Beschäftigung mit den noch nicht oder doch nur unbefriedigend gelösten Problemen des Eigentumsschutzes hervorgegangen ist. Das Exemplarische dieses Schutzes führt schließlich notwendig zu der Frage nach dem Bedeutungszusammenhang der privatrechtlichen Haftung überhaupt. Was demgegenüber hier in einer nicht mehr als vorläufigen Fassung vorgelegt wird, ist zunächst nur ein unmittelbarer Ertrag, der seinen Schwerpunkt im Eigentümer - Besitzer - Verhältnis findet.

Niemand wird heute noch die Leistungsfähigkeit einer systemgebundenen wissenschaftlichen Betrachtungsweise überschätzen wollen. Trotzdem soll hier der Versuch gemacht werden, den funktionellen Antagonismus von Leistungskondiktion auf der einen und Eingriffskondiktion und sonstigen Eingriffsansprüchen auf der anderen Seite dogmatisch bewußt auf dem Hintergrund der jeweiligen Haftung im Gesamtsystem des Privatrechts darzustellen. Dies geschieht in der Überzeugung, daß man auch und gerade heute nicht darauf verzichten kann, den reflektierten Erfahrungsschatz rechtlicher Konfliktslösungen immer wieder neu zu einem Sinnganzen zu verarbeiten und damit wirklich verfügbar zu halten. Nur so kann der Rechtswissenschaft auch die dringend erforderliche Elementarisierung ihres Stoffes gelingen, ohne die sich die weitgehend zu toter Axiomatik verblaßten Grundansätze ihres Denkgebäudes nicht wieder entschiedener freilegen und in der unentrinnbar gewordenen Diskussion mit den übrigen Sozialwissenschaften und deren Methoden kritisch überprüfen lassen.

Allerdings muß man gerade dann auch bereit sein, die in der Einzelauseinandersetzung gewonnenen Ergebnisse in einen Beitrag zur Weiterbildung und Vervollständigung des privatrechtlichen Haftungssystems umzusetzen. Darauf ruht das Hauptgewicht des noch ausstehenden weiteren Teils der Untersuchung, der im Entwurf ebenfalls fertiggestellt ist. Über den weiteren Gang der Gesamtarbeit, die geschlossen als Buch erscheinen soll, orientiert die hier unmittelbar angefügte Übersicht.

Gesamtübersicht

EINLEITUNG

ERSTER TEIL

Die Frage nach der Grundlage der Leistungskondiktion

ZWEITER TEIL

Rechtsfortwirkung und Opfersicherung

1. Abschnitt: Primäre subjektive Rechte

Erstes Kapitel
Fortwirkung des Eigentumsrechts

Zweites Kapitel
Fortwirkung der Immaterialgüterrechte

Drittes Kapitel
Fortwirkung des Persönlichkeitsrechts

2. Abschnitt: Sekundäre subjektive Rechte

Erstes Kapitel
Fortwirkung des Forderungsrechts

Zweites Kapitel
Fortwirkung des Gestaltungsrechts

DRITTER TEIL

Abschließende Fragen

ERGEBNIS

Eingriffsschutz und Opfersicherung (I)

Inhaltsübersicht

EINLEITUNG 1

1. Eigentumsschutz, Vindikation und Rückabwicklungsanspruch 1
2. Die Entwicklung der Haftung aus dem subjektiven Recht und ihre Grenzen 3
3. Einordnung der Fragestellung in die Gesamtheit des privatrechtlichen Haftungssystems 4

ERSTER TEIL

Die Frage nach der Grundlage der Leistungskondiktion 5

I. Die Erklärung der Eingriffskondiktion mit der Fortwirkung eines Rechts 7

1. Die Eingriffskondiktion 7
2. Der Widerspruch zum Zuweisungszweck eines subjektiven Rechts 7
3. Stellung neben sonstigen Eingriffsansprüchen 10

II. Die Erklärung der Leistungskondiktion mit der Verfehlung eines Zwecks 10

1. Die Leistungskondiktion 11
2. Die Verfehlung eines Zwecks 11
3. Stellung neben sonstigen Rückabwicklungsansprüchen 13

III. Die Erklärung der Leistungskondiktion mit der Fortwirkung eines Rechts 14

1. Ansätze 14
2. Grundlageneinheit von Eingriffs- und Leistungskondiktion 14
3. Der Widerspruch zum Zuweisungszweck eines subjektiven Rechts 17
4. Abgrenzung gegen die Verfehlung eines Zwecks 18
5. Eigene These zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion 20

IV. Subjektives Recht, Zuweisungsgehalt und Vermögensverschiebung 20

1. Differenzierung im Zuweisungsgehalt subjektiver Rechte 22
2. Abkehr von der Vermögensverschiebung 22
3. Folgerungen 24

V. Die Aufgabe 25

ZWEITER TEIL

Rechtsfortwirkung und Opfersicherung 28

1. Abschnitt: Primäre subjektive Rechte

Erstes Kapitel

Fortwirkung des Eigentumsrechts 28

I. Struktur und Funktion des Rechts 28

1. Zuweisung und Zuweisungsgehalt 28
2. Normative Funktion der Zuweisung 31
   a) Güter- und Verhaltenszuweisung 31
   b) Auseinandersetzung mit dieser Normativität 33
   c) Ergebnis 36

3. Bewertungs- oder Bestimmungsnorm und Haftung 37

II. Eingriffsschutz 37

1. Besondere Eingriffskondiktion (Vindikation) und deliktsrechtliche Eingriffsansprüche 37

1. Zustandsunrecht und bereicherungsrechtlicher Eingriffsschutz 38
2. Die Vindikation als besondere Eingriffskondiktion 43
3. Verhaltensunrecht und deliktsrechtlicher Eingriffsschutz 46

2. Allgemeine Eingriffskondiktion und deliktsrechtliche Eingriffsansprüche 46

1. Zustandsunrecht und bereicherungsrechtlicher Eingriffsschutz 46
2. Die allgemeine Eingriffskondiktion 52
3. Verhaltensunrecht und deliktsrechtlicher Eingriffsschutz 54

3. Haftungseinheit von bereicherungsrechtlichem und deliktsrechtlichem Eingriffsschutz 55

III. Opfersicherung 58

1. Allgemeine Opferkondiktion 58

A. Veräußerung des Rechts 58

1. Fragestellung 58
2. Grundzüge der Lösung 60

a) Opfersicherung 61
b) Zuweisungswiderspruch (Rechtsgrundlosigkeit) 65
c) Erfüllung des Schuldverhältnisses (Rechtsgrund) 67
d) Vom Willensschutz zum Rechtsschutz 68

*. Zustandsunrecht und Zweckverfehlung 70

a) Die Mehrdeutigkeit von Zweck und Rechtsgrund 71

aa) Leistungszweck 73, bb) Leistungsbestimmung 74, cc) Schuldverhältnis 75, dd) Rechtsgrund der Bereicherung 77, ee) Geltungsgrund des Schuldverhältnisses 77, ff) Motiv und Geschäftsgrundlage 79, gg)kein geschlossener Begriff der causa 80.

b) Die Erfüllung des Schuldverhältnisses 82

aa) Bestimmung des Begriffs der Erfüllung 83, bb)der Streit um die Voraussetzungen der Erfüllung 86, cc) zur Vertragstheorie 88, dd) zur Lehre vom realen Tilgungsakt 95, ee) zur Theorie der einseitigen Erfüllungsbestimmung 99, ff) eigene Ansicht 103, gg) Ertrag für die Bestimmung des Begriffs der Leistung 111.

c) Zustandsunrecht und Verfehlung des Leistungszwecks 112

aa) Weitere Inhaltsbestimmungen des Leistungszwecks 112, bb) Ermöglichung des Zustandekommens eines Schuldverhältnisses 113, cc) Erreichung eines sonstigen besonderen Erfolgs 119, dd) von der Zweckverfehlung zur Rechtsfortwirkung 136.

d) Zustandsunrecht und Fehlen oder Wegfall von Geschäftszweck und Geschäftsgrundlage 140

aa) Geschäftszweck 141, bb) Geschäftsgrundlage 145, cc) Unzulänglichkeit beider für die Darstellung der Leistungskondiktion 147, dd) wiederum: von der Zweckverfehlung zur Rechtsfortwirkung 149.

e) Ergebnis 151

4. Einwände gegen das subjektive Recht als Anspruchsfundament 152

a) Argumentation mit dem Schuldinhalt 152

aa) Leistung durch Unterlassen eines Erwerbs 152, bb) Ableitung der Zuwendung aus dem Zuweisungsgehalt eines Rechts 154, cc) die Verwertungsleistung im einzelnen 155, dd) Folgerung 157.

b) Argumentation mit dem tatsächlich Verschafften 158

aa) Leistung mit fremdem Gut 158, bb) Kritik 159, cc) Widerlegung im einzelnen 160, dd) Folgerung 162.

c) Ergebnis 163

5. Die Leistungskondiktion im Aufbau des Gesetzes 163

a) Bereicherung mit Rechtsgrund 165
b) Bereicherung ohne Rechtsgrund 167
c) Ausschließlichkeit dieser Alternative [illegible]

aa) Versagung einer Berufung auf den Rechtsgrund 169, bb) Fehlen der Erzwingbarkeit des Anspruchs 170, cc) Fälle des Verzichts 172, dd) Folgerung 172.

d) Die allgemeine Leistungskondiktion 173
e) Ergebnis 175

6. Zusammenfassung 175

B. Überlassung des Rechts zur Ausübung 176

1. Fragestellung 177

2. Grundzüge der Lösung 178

a) Unmittelbares Recht zum Besitz 178
b) Herausgabeanspruch 179
c) Mittelbares Recht zum Besitz 180
d) Opfersicherung mit dem Herausgabeanspruch 180

3. Eigentum, Recht zum Besitz und Herausgabeanspruch 181

a) Die klassische Doktrin 181
b) Wandel der Anschauung: Stellung des Eigentümers 184

aa) Raape 185, bb) Raiser 186, cc) Scherk 187, dd) Diederichsen 188, ee) heutiger Stand 189

c) Fortsetzung: Stellung des Besitzers 190

aa) Raape 190, bb) Raiser 191, cc) Scherk 191, dd) Diederichsen 193, ee) heutiger Stand 195.

d) Fortsetzung: Haftung auf Herausgabe 196

aa) Siber 197, bb) Raiser 199, cc) heutiger Stand 202.

e) Neuansatz 206

aa) Eingriffsschutz und Opfersicherung 206, bb) Stellung des Eigentümers 211, cc) Stellung des Besitzers 213, dd) Alternativität der Haftungsregelung 216, ee) Folgerung 221.

4. Auswirkungen auf die sachenrechtliche Dogmatik 221

a) Unmittelbares Recht zum Besitz 222

aa) Unmittelbares Recht zum Besitz und unmittelbarer Besitz 222, bb) Eigentumsrecht 224, cc) Drittbesitzrecht 225, dd) Entstehung der Typen der dinglichen Sachherrschaftsrechte 230, ee) schlichtes und qualifiziertes Geschäft 232, ff) Recht zum Besitz und Typenzwang 239, gg) Drittschutz des Sachherrschaftsrechts 242, hh) Eingriffsschutz verschiedenstufiger Besitzrechte 249, ii) nochmals: Unmittelbares Recht zum Besitz und unmittelbarer Besitz 250.

b) Der Herausgabeanspruch 252

aa) Entstehung 252, bb) Durchsetzbarkeit 254, cc) besondere Fälle: verdeckter Eingriff 256, dd) Fortsetzung: Leistung mit fremdem Gut 259, ee) die Besitzkondiktion im Haftungssystem 261.

c) Mittelbares Recht zum Besitz 263

aa) Mittelbares Recht zum Besitz und mittelbarer Besitz 263, bb) Eigentumsrecht 270, cc) Drittbesitzrecht 273, dd) Entstehung der Typen dinglicher Sachherrschaftsrechte 278, ee) schlichtes und qualifiziertes Geschäft 280, ff) Recht zum Besitz und Typenzwang 286, gg) Drittschutz des Sachherrschaftsrechts 288, hh) Sukzessionsschutz 292, ii) nochmals: Mittelbares Recht zum Besitz und mittelbarer Besitz 297.

d) Die Auslegung von §§ 985 und 986 BGB 299

aa) Überwindung des Wortlauts 299, bb) § 985 BGB 300, cc) § 986 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB 301, dd) § 986 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB 304, ee) § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB 313, ff) § 986 Abs. 2 BGB 318, gg) Folgerung 322.

e) Ergebnis 322

5. Der Herausgabeanspruch im Aufbau des Gesetzes 322

a) Bereicherung mit Rechtsgrund 324
b) Bereicherung ohne Rechtsgrund 325
c) Rückabwicklungsanspruch und Vindikation 327
d) Die allgemeine Leistungskondiktion 329
e) Ergebnis 330

6. Zusammenfassung 330

2. Besondere Opferkondiktionen 331

A. Veräußerung des Rechts 331

1. Die besonderen Opferkondiktionen 331

2. Opferanspruch und Schuldverhältnis 333

a) Fälle: Darlehen 333
b) Fortsetzung: Rücktritt 335
c) Der Organismus des Schuldverhältnisses und die Rückabwicklungshaftung 337
d) Ergebnis 340

3. Opferanspruch und subjektives Recht 340

4. Zusammenfassung 344

B. Überlassung des Rechts zur Ausübung S. 4

1. Die besonderen Opferkondiktionen 345

2. Opferanspruch und Schuldverhältnis 349

a) Fälle 349
b) Organismus des Schuldverhältnisses, Rückabwicklungshaftung und Folgerungen für das Verhältnis zur Vindikationshaftung 351
c) Weitere Folgerungen 353
d) Ergebnis 354

3. Opferanspruch und subjektives Recht 355

a) Alternativität von Eingriffs- und Opferhaftung 355
b) Leistung mit fremdem Gut 361
c) Ergebnis 365

4. Zusammenfassung 366

3. Opfersicherung und Eingriffsschutz 367

1. Veräußerung und Verletzung des Rechts 368

a) Haftungsregelung der Opfersicherung 368
b) Haftungsregelungen des Eingriffsschutzes 374

aa) Vindikationsregelung 374, bb) deliktsrechtliche Haftungsregelungen 378, cc) vollständige Entwicklung aus dem Eigentumsrecht 380.

c) Alternativität der Haftung 383
d) Schutz des subjektiven Rechts und sonstige Haftung 386

2. Ausübungsüberlassung und Verletzung des Rechts 386

a) Haftungsregelung der Opfersicherung 387
b) Haftungsregelungen des Eingriffsschutzes 393
c) Alternativität der Haftung 395

aa) Opferhaftung und Vindikationshaftung 397, bb) Opferhaftung und gewöhnliche Deliktshaftung 406, cc) Opferhaftung und Deliktshaftung wegen Geschäftsanmaßung 411, dd) Dreiecksbeziehungen 414.

d) Schutz des subjektiven Rechts und sonstige Haftung 423

3. Die Vindikationsregelung im Spiegel der Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz 425

a) Opfersicherung mit der allgemeinen Leistungskondiktion 427

aa) Verkehrsschutz 428, bb) Schadensprivileg 428, cc) Nutzungshaftung 434, dd) anderweitige Schadensersatzansprüche 435, ee) Ergebnis 437.

b) Eingriffsschutz mit der Vindikation - 438

aa) Verkehrsschutz 438, bb) Schadensprivileg 440, cc) Nutzungsprivileg 452, dd) anderweitige Schadensersatzansprüche 462, ee) Ergebnis 485.

c) Zusammenfassung 485

IV. Von der Vermögensverschiebung zur Güterverschiebung. Zusammenfassung 488

1. Entreicherung und Schaden 489

1. Ausgangspunkt 490

2. Objektiver und subjektiver Schadensbegriff 491

a) Schrifttum 491
b) Rechtsprechung 494
c) Ergebnis 497

3. Bedeutung für die Bereicherungshaftung 497

2. Bereicherung 498

1. Ausgangspunkt 498

2. Die Überwindung des subjektiven Bereicherungsbegriffs 500

a) Schrifttum 501
b) Rechtsprechung 504

aa) Ausgleich durch angemessene Vergütung 504, bb) Versagung der Berufung auf eine eigene Vermögensbeeinträchtigung 507, cc) vollständiger Verzicht auf einen Vermögenszuwachs 508.

c) Würdigung und Ergebnis 509

3. Bedeutung für die Bereicherungshaftung 514

3. Güterverschiebung. Grundgedanke der Rechtsfortwirkung 515

1. Grundsachverhalt 516

a) [illegible] des Zuweisungsgehalts 516
b) [illegible] des Zuweisungsgehalts [illegible]

[illegible] 517, bb) Opfersicherung 518, cc) Eingriffsschutz 52[illegible], dd) Folgerung 521.

c) Zusammenfassung 522

2. Zur Kritik von Güterverschiebung und Rechtsfortwirkung 522

a) Entreicherung und Bereicherung 523
b) Rechtsfortwirkung 524
c) Fortwirkung und Zuweisungstheorie 525

3. Der Grundgedanke der Rechtsfortwirkung 527

a) Zustandshaftung 527
b) Verhaltenshaftung 531
c) Rechtsverfolgung und Ausgleich des Interesses 533

Literatur

Barnstedt, Erich,	Das Merkmal der Rechtsgrundlosigkeit in der ungerechtfertigten Bereicherung, Berlin, 1940
Baur, Fritz,	Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160 (1961) 465 ff.
	Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl., München und Berlin 1966
	siehe Baur/M. Wolf
Baur/M. Wolf,	Bereicherungsansprüche bei irrtümlicher Leistung auf fremde Schuld - Das Wegnahmerecht des Nichtbesitzers, JuS 1966, 393 ff.
Berg, Hans,	Bereicherung durch Leistung und in sonstiger Weise in den Fällen des § 951 Abs. 1 BGB, AcP 160 (1961) 505 ff.
	Bereicherungsanspruch bei Leistung an einen Dritten, JuS 1964, 137ff.
Beuthien, Volker,	Verwendungsansprüche des Werkunternehmers bei Rücktritt vom Vorbehaltskauf?, BB 1962, 983 ff.
	Verwendungsansprüche des nunmehr und des früher unrechtmäßig besitzenden Werkunternehmers, JR 1962, 255 ff.
Blomeyer, Arwed,	Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Berlin und Frankfurt 1964
Boehmer, Gustav,	Der Erfüllungswille, München 1910
	Realverträge im heutigen Rechte, ABR 38 (1913) 314 ff.
	Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, Tübingen 1950/52
Bötticher, [illegible],	Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm, AcP 158 (1959/60) 385 ff.
	Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile, VersR 1966, 301 ff.

Brox, Hans,	Die Haftung des Besitzers für Zufallsschäden, JZ 1965, 516 ff.
Bruns, Rudolf,	Recht und Pflicht als Korrespondenzbegriffe des Privatrechts, Festschrift Nipperdey, München und Berlin 1965, I 3 ff.
Bucher, Eugen,	Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965
Bydlinski, Franz,	Probleme der Schadensverursachung, Stuttgart 1964
	Lohn- und Kondiktionsansprüche aus zweckverfehlenden Arbeitsleistungen, Festschrift für Walter Wilburg, Graz 1965, 45 ff.
	Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien und New York 1967
v. Caemmerer, Ernst,	Bereicherungsausgleich bei Verpfändung fremder Sachen, Festschrift Hans Lewald, Basel 1953, 433 ff.
	Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel, Tübingen 1954, I 333 ff.
	Leistungsrückgewähr bei gutgläubigem Erwerb, Festschrift für Gustav Boehmer, Bonn 1954, 145 ff.
	Wandlungen des Deliktsrechts. In: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, II 49 ff.
	Bereicherungsansprüche und Drittbeziehungen, JZ 1962, 385 ff.
	Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, Festschrift Hans Dölle, Tübingen 1963, I 135 ff.
Canaris, Claus-Wilhelm,	Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475 ff.
Coing, Helmut,	Interesseberechnung und unmittelbarer Schaden, SJZ 1950, 865 ff.
	Zur Geschichte des Privatrechtssystems, Frankfurt 1962

Coing, Helmut,	Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, Festschrift Hans Dölle, Tübingen 1963, I 25 ff.
Cosack, Konrad,	siehe Cosack-Mitteis
Cosack-Mitteis,	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, 8.Aufl., Jena 1927
Darmstädter,	Der Eigentumsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, AcP 151 (1950/1) 311 ff.
Dawson,	Unjust Enrichment, Boston 1951
Deutsch, Erwin,	Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln usw. 1963
	Entwicklungstendenzen des Schadensrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft, JuS 1967, 152 ff.
Diederichsen, Uwe,	Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, Hamburg 1965
	Die Haftung des Warenherstellers, München und Berlin 1967
Dietz, Rolf,	Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, Bonn und Köln 1934
	Das Problem der Konkurrenz von Schadensersatzansprüchen bei Vertragsverletzung und Delikt, in: Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Hamburg 1962, Berlin und Tübingen 1962,181 ff.
Dimopoulos-Vosikis, Haralambos,	Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987-1003 BGB, Köln usw. 1966
	Zum Problem der dinglichen Pflicht, AcP 167 (1967) 515 ff.
Dulckeit, Gerhard,	Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951
Eichler, Hermann,	Institutionen des Sachenrechts, Berlin 1954-60
	Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Recht, AcP 162 (1963) 401 ff.

Enneccerus, Ludwig,	siehe Enneccerus-Lehmann
	siehe Enneccerus-Nipperdey
Enneccerus-Lehmann,	Recht der Schuldverhältnisse, 12.Auf., Marburg 1932
	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958
Enneccerus-Nipperdey,	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959/60
Esser, Josef,	Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates, Wien 1949
	Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
Fabricius, Fritz,	Zur Dogmatik des "sonstigen Rechts" gemäß § 823 Abs. 1 BGB, AcP 160 (1961) 273 ff.
	Zur Theorie des stückelosen Effektengiroverkehrs, AcP 162 (1963) 456 ff.
Fikentscher, Wolfgang,	Das Schuldrecht, Berlin 1965
Firsching, Karl,	Der Verwendungsanspruch des Unternehmers gegen den Eigentümer, AcP 162 (1963) 440 ff.
Fischer, Hans Albrecht,	Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1903
	Bereicherung und Schaden, Festschrift für Ernst Zitelmann, München 1913.
Flume, Werner,	Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, 103 ff.
	Anmerkung zu BGHZ 36, 30 ff. - JZ 1962, 281 f
	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, Berlin, Heidelberg und New York 1965
Frotz, Gerhard,	Zur Rückzahlung verlorener Baukostenzuschüsse nach Bereicherungsrecht, AcP 164 (1964) 309 ff.
Georgiades, Apostolos,	Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf, Tübingen 1963

Heck, Philipp,	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
	Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930
Helm, Johann Georg,	Haftung für Schäden an Frachtgütern, Karlsruhe 1966
Herholz,	Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung, AcP 130 (1929) 257 ff.
Hirsch, Hans Christoph,	Die Übertragung der Rechtsausübung, Berlin 1910
Hubmann,	Das Persönlichkeitsrecht, Köln 1953
Hübner, Heinz,	siehe Lehmann-Hübner
Jakobs, Horst Heinrich,	Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Bonn 1964
	Die Begrenzung des Verwendungsersatzes, AcP 167 (1967) 350 ff.
Jhering, Rudolph,	Über das Schuldmoment im römischen Privatrecht, Gießen 1867
Jung, Erich,	Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des "rechtlichen Grundes", Leipzig 1902
	Das Wesen des schuldrechtlichen Grundes (§ 812 BGB) und dessen Bedeutung für die Systematik des Privatrechts, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Berlin und Leipzig 1929, III 143 ff.
Kelsen, Hans,	Zum Begriff der Norm, Festschrift Nipperdey, München und Berlin 1965, I 57 ff.
Kipp, Theodor,	Über den Begriff der Rechtsverletzung, Festgabe für Otto Gierke, Breslau 1910, II 1 ff.
	siehe Windscheid-Kipp
Klapproth, Ulrich,	Zur analogen Anwendung des § 281 BGB auf den Eigentumsherausgabeanspruch, MDR 1965,525 ff.
Klauser, Karl-August,	Aufwendungsersatz bei Neubauten und werterhöhenden Verwendungen auf fremdem Grund und Boden, NJW 1965, 513 ff.
Kleinheyer, Gerd,	Eingriffsbereicherung durch unbefugte Nutzung und Wertersatz, JZ 1961, 473 ff.

Klingmüller, Fritz,	Der Begriff des Rechtsgrundes, Breslau 1901
Kötter, Hans-Wilhelm,	Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, AcP 153 (1954) 193 ff.
Kraft, Alfons,	Verwendungsersatzansprüche des Werkunternehmers gegen den Eigentümer der reparierten Sache, NJW 1963, 1849 ff.
Krause, Walter Erich,	Die Haftung des Besitzers nach den §§ 989-993 BGB, Berlin 1965
Krawielicki, Robert,	Grundlagen des Bereicherungsanspruchs, Breslau 1936
Kreß, Hugo,	Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München 1929
Kretschmar, Paul,	Die Erfüllung I, Leipzig 1906
Krückmann, Paul,	Kalkulationsirrtum und ursprüngliche Sinn-, Zweck- und Gegenstandslosigkeit, AcP 128 (1928) 157 ff.
Kübler, Friedrich,	Eigentum verpflichtet - eine zivilrechtliche Generalklausel?, AcP 159 (1960/1) 236 ff.
	Feststellung und Garantie, Tübingen 1967
Lange, Hermann,	Verzugshaftung des Bereicherungsschuldners und des Besitzers, JZ 1964, 640 ff.
Larenz, Karl,	Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung, NJW 1950, 487 ff.
	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin usw. 1960
	Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffs, VersR 1963, 1 ff.
	Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht, Festschrift Nipperdey, München und Berlin 1965, I 489 ff.
	Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, München 1967
	Lehrbuch des Schuldrechts, 8. Aufl. München und Berlin 1967

Lehmann, Heinrich,	siehe Enneccerus-Lehmann
	siehe Lehmann-Hübner
Lehmann-Hübner,	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Aufl., Berlin 1966
Lent, Friedrich,	Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse, Leipzig 1907
	Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß I, Leipzig 1916
Leonhardt, Franz,	Das Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1921-31
Leser, Hans G.,	Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, Diss. Freiburg 1956
Locher, Eugen,	Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, AcP 121 (1923) 1 ff.
v. Lübtow, Ulrich,	Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht, Berlin 1952
v. Mayr, Robert,	Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1903
Medicus, Dieter,	Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz, AcP 165 (1965) 115 ff.
Mertens, Hans-Joachim,	Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart usw. 1967
Mestmäcker, Ernst-Joachim,	Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521 ff.
Mitteis, Heinrich,	siehe Cosack-Mitteis
Moeller, Hans,	Summen-und Einzelschaden, Hamburg 1937
Müller, Horst,	Verwendungsanspruch und Kreditrisiko, Festschrift für Friedrich Lent, München und Berlin 1957, 179 ff.
Müller-Freisenfels, Wolfram,	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955
Münich, Dieter,	Untersuchungen zum Verhältnis des Vindikationsanspruchs zu den übrigen Herausgabeansprüchen des bürgerlichen Rechts, Diss. München 1964

Münzberg, Wolfgang,	Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, Frankfurt 1966
Neuner, Robert,	Interesse und Vermögensschaden, AcP 133 (1931) 277ff.
Niederländer, Hubert,	Schadensersatz bei Aufwendungen des Geschädigten vor dem Schadensereignis, JZ 1960, 617 ff.
Nikisch, Arthur,	Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, AcP 154 (1955) 268 ff.
Nipperdey, Hans Carl,	Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, 1777 ff.
	Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände, NJW 1967, 1985 ff.
	siehe Enneccerus-Nipperdey
Nörr, Dieter,	Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht, AcP 158 (1959/60) 1 ff.
Oertmann, Paul,	Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, Berlin 1901
	Dingliche und persönliche Herausgabeansprüche JhJ 61 (1912) 44 ff.
	Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin 1928/29.
Peters, Casjen,	Die Ansprüche aus dem Eigentum, AcP 153 (1954) 454 ff.
Prym, Eduard,	Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1906
Raape, Leo,	Gebrauchs- und Besitzüberlassung, JhJ 71 (1922) 97 ff.
	Anmerkung zu RG VII 678/23, JW 1925, 472 f.
Rabel, Ernst,	Das Recht des Warenkaufs I, Berlin 1936
	Besprechung von: Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, RabelsZ 10 (1936) 424 ff.

Raiser, Ludwig,	Anmerkung zu BGH IV 37/50 (JZ 1951, 716), JZ 1951, 718 f.
	Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz, Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952, 123 ff.
	Verwendungsansprüche des Werkunternehmers, JZ 1958, 681 ff.
	Anmerkung zu BGH VII 197/58 (BGHZ 31, 129), JZ 1961, 125 f.
	Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465 ff.
	Die Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen, JZ 1961, 529 ff.
	Dingliche Anwartschaften, Tübingen 1961
	Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum ius summa iniuria, Tübingen 1963, 145 ff.
	siehe Wolff-Raiser
Reinhardt, Rudolf,	Die subjektiven Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, in: Karlsruher Forum 1961, Karlsruhe 1961, 3 ff.
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch (RGRK), 11. Aufl., Berlin 1959 ff.
Rosenberg, Leo,	Der Verzug des Gläubigers, JhJ 43 (1901) 141 ff.
Rothoeft, Dietrich,	Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich, AcP 163 (1963) 215 ff.
Scherk, Margarethe,	Die Einrede aus dem Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe, JhJ 67 (1917) 301 ff.
Scheyhing, Robert,	Leistungskondiktion und Bereicherung "in sonstiger Weise", AcP 157 (1958/59) 371 ff.
Schindler, Karl-Heinz,	Die aufgedrängte Bereicherung beim Ersatz von Impensen, AcP 165 (1965) 499 ff.
Schloßmann, Siegmund,	Über den Begriff des Eigentums, JhJ 45 (1903) 289 ff.

Schmidt, Rudolf,	Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht, München 1915
Schmidt-Rimpler,	siehe Schwarz AcP 152, 445 (456)
Schönfeld, Friedrich,	Verwendungsansprüche des Werkunternehmers bei Unwirksamkeit des Werkvertrages, JZ 1959, 301 ff.
Schöninger, Adolf,	Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts, Tübingen 1906
Schulz, Fritz,	System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909) 1 ff.
Schwarz, Fritz,	Bericht über die Tagung deutscher Zivilrechtslehrer in Bad Bertrich vom 17. bis 19. Oktober 1952, AcP 152 (1952/3) 445 ff.
Serick, Rolf,	Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung I/II, Heidelberg 1963/65
Siber, Heinrich,	Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903
	Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz, Leipzig 1907
	Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, JhJ 70 (1921) 223 ff.
	Schuldrecht, Leipzig 1931
	Eigentumsanspruch und schuldrechtliche Herausgabeansprüche vom Standpunkte der Rechtsneuordnung, JhJ 89 (1941) 1 ff.
Söllner, Alfred,	Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges, AcP 163 (1963) 20 ff.
Soergel-Siebert,	Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl., Stuttgart 1959 ff.
Stampe, Ernst,	Das Causaproblem des Civilrechts, Greifswald 1904
	Aus einem Freirechtslehrbuch - Simultantilgung von Geldschulden, AcP 107 (1911) 283 ff.
	Aus einem Freirechtslehrbuch - Grundriß der Wertbewegungslehre, AcP 108 (1912) 42 ff., 110 (1913) 119 ff.

v. Staudinger,	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl. Berlin 1956 ff.
Steindorff, Ernst,	Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158 (1959/60) 431 ff.
	Gewinnentgang und Schadensberechnung des Verkäufers, JZ 1961, 12 ff.
Stoll, Hans,	Unrechtstypen bei der Verletzung absoluter Rechte, AcP 162 (1963) 203 ff.
Stoll, Heinrich,	Anmerkung zu RG II 50/27 (RGZ 118, 185), JW 1928, 57 ff.
	Rücktritt und Schadensersatz, AcP 131 (1929) 141 ff.
Stumpp, Hans,	Zum Rücktritt des Käufers einer gestohlenen Sache, JuW 1964, 310 ff.
Stutz, Heinrich,	Die Rechtsbeziehungen des Eigentümers zum nichtberechtigten Besitzer, Berlin 1934
Thiele, Wolfgang,	Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, 649 ff.
Thomä, Volker,	Tilgung fremder Schuld durch irrtümliche Eigenleistung?, JZ 1962, 623 ff.
v. Tuhr, Andreas,	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1910-18
Ulmer, Eugen,	Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl. Berlin usw. 1960
Weintraud, Gerhard,	Die Saldotheorie, Breslau 1931
Welzel, Hans,	Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, Karlsruhe 1961
Wendt, Otto,	Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches, AcP 87 (1897) 40 ff.
	Besitz und Besitzwille, Tübingen 1907
Westermann, Harm Peter,	Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, Diss. Köln 1964
Westermann, Harry,	Sachenrecht, 5. Aufl.,Karlsruhe 1966

Wieacker, Franz,	Zum System des deutschen Vermögensrechts, Leipzig 1941
	Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung, DRW 1941, 49 ff.
	Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, AcP 148 (1943) 57 ff.
	Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, Festschrift Nipperdey, München und Berlin 1965, I 783 ff.
Wiedemann, Herbert,	Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München und Berlin 1965
Wiese, Günther,	Der Ersatz des immateriellen Schaden, Tübingen 1964
Wiethölter, Rudolf,	Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, Karlsruhe 1960
Wilburg, Walter,	Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, JhJ 82 (1932) 51 ff.
	Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Graz 1934
	Die Elemente des Schadensrechts, Marburg 1941
	Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1963) 346 ff.
Windscheid, Bernhard,	siehe Windscheid-Kipp
Windscheid-Kipp,	Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt 1906
Wolf, Ernst,	Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153 (1954) 97 ff.
	Zum Begriff des Schuldverhältnisses, Festgabe für Heinrich Herrfahrdt, Marburg 1961, 197 ff.
Wolf, Manfred,	Die aufgedrängte Bereicherung, JZ 1966, 467 ff
	Die Verwendungsersatzansprüche des Besitzers im Anspruchssystem, AcP 166 (1966) 188 ff.
	siehe Baur/M. Wolf

Wolff, Martin,	Das Recht zum Besitze, Festgabe für Richard Koch, Berlin 1903, 150 ff.
	Reichsverfassung und Eigentum, Festgabe für Wilhelm Kahl, Tübingen 1923
	Das Sachenrecht, 9. Aufl., Marburg 1932
	siehe Wolff-Raiser
Wolff-Raiser,	Sachenrecht, 10. Aufl. Tübingen 1957
Zeiß, Walter,	Leistung, Zuwendungszweck und Erfüllung, JZ 1963, 7 ff.
	Der rechtliche Grund (§ 812 BGB) für Schuldanerkenntnisse und Sicherheitsleistungen, AcP 164 (1964) 50 ff.
	Leistungsverhältnis und Insolvenzrisiko, AcP 165 (1965) 332 ff.
Zeuner, Albrecht,	Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163 (1964) 380 ff.
Zitelmann, Ernst,	Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906) 1 ff.
Zweigert, Konrad,	Seriositätsindizien, JZ 1964, 349 ff.
Motive	zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin und Leipzig 1888
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1899
Referentenentwurf	eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, Bundesministerium der Justiz, Januar 1967

Einleitung

Wer durch die Leistung eines anderen und auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm nach § 812 BGB zur Herausgabe verpflichtet. Dieser in historischer Anknüpfung als Leistungskondiktion bezeichnete bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsanspruch scheint seit langem keine Fragen von tiefgreifender Bedeutung mehr offen zu lassen. Im Gegenteil, weder die zunächst um die Aufarbeitung des neugeschaffenen Gesetzes bemühte Doktrin noch auch die in der Folgezeit mit der Überprüfung und Erweiterung der dabei gewonnenen Einsichten beschäftigte Rechtsvergleichung haben die dogmatische Gestalt gerade dieses Anspruchs nachhaltig verändert. Und auf den ersten Blick wenigstens will es auch nach den Vorstellungen der heutigen Rechtsprechung und Lehre einstweilen dabei bleiben.

1. Befaßt man sich indes näher mit dem Eigentumsschutz, wird man sich solche Unbefangenheit schwerlich länger bewahren. Bekanntlich hat dieser Schutz für die Verfasser des Gesetzes nicht nur seinen umfassendsten Ausdruck, sondern auch sein gedankliches Zentrum in den Vindikationsvorschriften der §§ 985 ff. BGB gefunden. Und noch immer sind weder die richterliche Praxis noch die im Schrifttum herrschende Auffassung bereit, von dieser Verteilung der Gewichte abzurücken. Nicht weniger bekannt ist freilich auch, daß ihr Festhalten an diesem Dogma einen hohen Preis fordert. Denn obschon nunmehr seit dem Inkrafttreten des Gesetzbuches bald sieben Jahrzehnte vergangen sind, ist es bis heute nicht gelungen, für die Handhabung der Vindikation und ihrer Nebenansprüche und für die Bestimmung von deren Verhältnis zu den in denselben Zusammenhang hineinreichenden anderweitigen Ansprüchen eine in sich geschlossene, bündige Konzeption zu entwickeln. Mit diesem Dilemma, das vermöge nicht eben sehr fundierter und im Einzelfall denn auch immer wieder noch besonderer Anpassung bedürftiger Faustregeln nur mühsam überbrückt wird, kann man sich aber auf die Dauer sicherlich nicht mehr abfinden. Die beherrschende Stellung des Eigen-

tums in unserem rechtlichen System, die ihm über sein eigenes Feld hinaus auch paradigmatische Bedeutung verleiht, fordert eine klare Lösung.

Nun läßt sich heute kaum mehr ernstlich in Zweifel ziehen, daß aus diesen Schwierigkeiten nur ein Weg herauszuführen verspricht: Die Beschneidung der Vindikation zugunsten eines Rückabwicklungsanspruchs. Trotzdem wird man damit allein dem Beharrungsvermögen der herrschenden Meinung noch wenig entgegenzusetzen haben. Das wird deutlicher, wenn wir uns den tragenden Grund des angefochtenen Dogmas vergegenwärtigen: Läßt man einmal den Besitz beiseite, sehen wir uns im Banne einer festgefügten Tradition des römischen und gemeinen Rechts genötigt, jeden auf die Sachherrschaft eines Dritten gerichteten Anspruch in letzter Konsequenz immer an dem einen einheitlichen Eigentumsrecht eines einzelnen Eigentümers zu legitimieren. Soll diesem Vindikationsprinzip gegenüber der Eigentumsschutz seine Mitte nicht länger ausschließlich in den Vindikationsvorschriften finden, muß sich auch ein der Vindikation entgegenzusetzender Rückabwicklungsanspruch gleichfalls wieder als Anspruch aus dem Eigentumsrecht entwickeln lassen.

Die Fragestellung verlagert sich somit auf die dogmatische Darstellung desRückabwicklungsanspruchs. Oder wieder auf unseren Ausgangspunkt bezogen: Eine umfassende Lehre vom Eigentumsanspruch hat den Nachweis zur Voraussetzung, daß auch die Leistungskondiktion als Anspruch aus dem Eigentumsrecht zu begreifen ist. Mehr noch, soll dieser Ansatz wirklich tragfähig sein, muß sich auch über den hier genannten Anlaß hinaus mit allgemeiner Gültigkeit behaupten lassen, daß die Leistungskondiktion immer und überall aus dem Fundament eines subjektiven Rechts hervorgeht. Wenn diese These richtig ist - und wir werden bei näherer Betrachtung bald sehen, daß es an entsprechenden Hinweisen jedenfalls nicht fehlt -, dann wirft freilich auch die Leistungskondiktion noch immer Fragen von sehr weitläufigen Auswirkungen auf. Mit ihnen wollen wir uns im folgenden auseinandersetzen.

2. Dem Nachweis der Behauptung, daß man die Leistungskondiktion als Anspruch aus einem subjektiven Recht zu erklären habe, stellen sich allerdings nur wieder neue und, wie es den Anschein hat, noch härteren Widerstand bietende Schwierigkeiten entgegen. Soll es - so wird man sich schon von vornherein fragen - in Anbetracht all dessen, was die Beteiligten in freier Vereinbarung zum Schuldinhalt erheben können, tatsächlich möglich sein, den Rückabwicklungsanspruch gegen den Empfänger stets auf ein aufgeopfertes subjektives Recht des Leistenden zurückzuführen? Und selbst wenn dies möglich wäre, ist eine solche Zielsetzung auch wirklich wünschenswert?

Wir haben die Anschauungen der klassischen Doktrin von dem, was unter der Figur des subjektiven Rechts zu verstehen ist und was sie für unser rechtliches System zu leisten vermag, nur sehr unvollkommen fortentwickelt. Das kommt nicht von ungefähr, sondern ist nur der sehr viel tiefer gehende Ausdruck einer Krise des individualistischen Denkstils, dem wir diese Figur zu verdanken haben und den man seinerseits geradezu wieder als ein Denken in subjektiven Rechten charakterisieren kann. Das damit angesprochene Unbehagen läßt sich in die immer weniger zu umgehende Einsicht fassen, daß eben auch dem Privatrecht über die Wahrung der Belange des Einzelnen hinaus Aufgaben gestellt sind, die nur als soziale Ordnungsaufgaben verstanden und gelöst werden können. Weicht unser Privatrecht diesen Aufgaben aus, läuft es Gefahr, sich von der lebendigen Entwicklung in der Rechtswirklichkeit abzuschnüren und allmählich zu erstarren.

Darüber hinaus muß eine weiter ausgreifende wissenschaftliche Fragestellung zugleich auf die Hindernisse stoßen, die sich heute, wie in allen Wissenschaften, so auch in der Wissenschaft vom Privatrecht mit der von einem einschneidenden Verlust an theoretischer Substanz begleiteten, immer weiter fortschreitenden Aufsplitterung in Einzelmaterien auftun. Es genügt, auf die neuere Diskussion der Unrechtslehre zu verweisen, um sich ein Bild davon zu machen, wie schwer uns die Auseinandersetzung mit Fragen von über einen bloßen

Sonderbereich hinausragender Bedeutung mittlerweile geworden ist. Dieselben Hindernisse lassen sich schließlich um so weniger leicht überwinden, als alle solche Einzelmaterien inzwischen längst mit einer Fülle von sehr detaillierten rechtstechnisch-konstruktiven Vorstellungen abgesättigt sind: Vorstellungen, die wir zwar auf eine gewisse Distanz zu rücken gelernt haben, auf der anderen Seite jedoch längst nicht mehr entbehren können und in ihrer Eigenbedeutung sogar wieder neu zu würdigen im Begriff stehen.

3. All das darf jedoch kein Grund zur Entmutigung sein. Auch sofern es sich als erforderlich erweisen sollte, die Figur des subjektiven Rechts noch ein Stück weiterzubilden, läßt sich davon jedenfalls erwarten, daß auf diese Weise ihre Struktur und Funktion vollständiger und eindeutiger in Erscheinung treten. Desto entschiedener sind dann aber auch wieder ihre Grenzen zu markieren, die ihr gegenüberstehenden Rechtsformen zu erfassen und die mit ihr verknüpften Denkgewohnheiten und Gerechtigkeitsvorstellungen zu überprüfen und zu ergänzen. Gelingt es jedoch wirklich, die Leistungskondiktion durchgängig aus der Grundlage eines aufgeopferten subjektiven Rechts zu entwickeln und sie damit tiefer als bisher in der Gesamtheit unseres zivilrechtlichen Haftungssystems zu verwurzeln, so mag man sich davon auch einen wenigstens bescheidenen Beitrag zu einem noch weiter reichenden Ziel versprechen: Nämlich das über dem noch immer in vollem Gang befindlichen Umbruch in der modernen Bereicherungs- und Deliktslehre unsicher gewordene Bedeutungsgefüge dieses Haftungssystems wieder neu zu klären und zu festigen.

E R S T E R T E I L

D i e F r a g e n a c h d e r G r u n d l a g e d e r L e i s t u n g s k o n d i k t i o n

Seit den bahnbrechenden Untersuchungen Wilburgs[1] und v. Caemmerers[2] gehört es zum gesicherten Bestand der modernen Bereicherungslehre, daß sich hinter der generalklauselartigen Weite des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB verschiedene, klar voneinander abgesetzte und insbesondere in der Gestalt der "Leistungskondiktion" und der "Eingriffskondiktion" eigenständig geprägte Anspruchstypen verbergen[3]. Auf Grund dieser Erkenntnis, die mit BGHZ 40, 272 ff.[4] nun-

---

1) Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht (1934); jetzt auch: Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1963) 346 ff.

2) Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel (1954) I 333 ff., ferner: Leistungsfähigkeitsgewähr bei gutgläubigem Erwerb, Festschrift für Gustav Boehmer (1954) 145 ff.; Bereicherungsausgleich bei Verpfändung fremder Sachen, Festschrift für Hans Lewald (1953) 433 ff.

3) Insbesondere Larenz, Schuldrecht[2] (1960) §§ 67 ff.; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts (1967) II § 62 ff.; Esser, Schuldrecht (1965) §§ 98 ff.; Wolff-Raiser, Sachenrecht (1957) § 74; Westermann, Sachenrecht (1966) § 54; Baur, Lehrbuch des Sachenrechts (1966) § 55 a; Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch (1959 ff.) 2 ff., 26 ff., 32 ff. zu § 812 (Mühl); v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch[11] (1956 ff.) 1, 17 ff., 52 ff. zu § 812 (Seufert); Das Bürgerliche Gesetzbuch (RGRK)[11] (1959 ff.) 45 ff., 51 ff., 75 ff. zu § 812 (Scheffler); Rabel, Besprechung von Wilburg, Bereicherung (oben Note 1), RabelsZ 10 (1936) 424 ff.; Barnstedt, Das Merkmal der Rechtsgrundlosigkeit in der ungerechtfertigten Bereicherung (1940); v.Lübtow, Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht (1954) 24 ff.; Kötter, Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, AcP 153 (1954) 193 ff.; Scheyhing, Leistungskondiktion und Bereicherung "in sonstiger Weise", AcP 157 (1958/9) 371 ff.; Berg, Bereicherung durch Leistung und in sonstiger Weise in den Fällen des § 951 Abs. 1 BGB, AcP 160 (1961) 505 ff.; Rothoeft, Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich, AcP 163 (1963) 215 ff.; Jakobs, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (1964), insbes. 153 ff.; Bydlinski, Lohn- und Kondiktionsansprüche aus zweckverfehlenden Arbeitsleistungen, Festschrift für Walter Wilburg (1965) 45 (66 ff.); Zeiß, Leistungsverhältnis und Insolvenzrisiko, AcP 165 (1965) 332 ff.; Baur/M.Wolf, Bereicherungsansprüche bei irrtümlicher Leistung auf fremde Schuld usw., JuS 1966, 393 ff. Vgl. aber auch schon Leonhard, Das Schuldrecht des BGB (1929/31) II 238 ff.

4) BGH VII ZR 285/61 vom 31. 10. 1963.

mehr auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs festen Fuß gefaßt hat, ist heute das klassische Verständnis eines, genauer "des" einheitlich von einem mehr oder weniger formelhaften Begriff der "Rechtsgrundlosigkeit" bestimmten Bereicherungsanspruchs endgültig überwunden: Danach sollte eine Vermögensverschiebung stets dann als rechtsgrundlos ("ohne rechtlichen Grund") rückgängig zu machen sein, wenn sie einer "schuldrechtlichen Unterlage" entbehrt. Dabei versteht sich die "Vermögensverschiebung" als eine zu Lasten des Entreicherten ("auf dessen Kosten"), zu seinem Schaden eingetretene Vermögenseinbuße, der ein dieser entsprechender Vermögenszuwachs des Bereicherten, eben die "Bereicherung" ("etwas"), gegenübersteht[5]. Wenn die moderne Theorie statt dessen nun den Tatbestand des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB nach Anspruchstypen aufgliedert, begreift sie die Unterscheidung von Bereicherung "durch die Leistung eines anderen" und "in sonstiger Weise" nicht länger nur als Modalitäten einer Vermögensverschiebung, sondern darüber hinaus als den Ausdruck der spezifischen Funktion der jeweiligen Haftung. Dabei läßt sie sich von der Einsicht leiten, daß das Merkmal der "Rechtsgrundlosigkeit" der Bereicherung näherer Erklärung bedarf, soll es für die dogmatische Begründung der Bereicherungshaftung eine gültige Aussage liefern.

Steht die Differenzierung nach verschiedenen bereicherungsrechtlichen Anspruchstypen heute fest, ist andererseits noch immer und gerade neuerdings wieder streitig, ob dieser Typendifferenzierung auch eine Differenzierung nach der Grundlage der Ansprüche entspricht, oder aber, ob die überwundene Einheitslehre nicht wenigstens insofern einen richtigen Kern enthält, als Leistungs- und Eingriffskondiktion ungeachtet ihrer funktionsbedingten Eigenständigkeit aus demselben Anspruchsfundament hervorgehen.

---

5) Vgl. statt aller übrigen: Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse[12] (1932) §§ 217 ff. Auch in der 15. Bearbeitung (1958) wird an dem Gedanken eines einheitlichen Bereicherungsanspruchs festgehalten (§§ 220 ff.).

Die Beantwortung dieser Frage kann wiederum nicht ohne Bedeutung dafür sein, was bei jedem dieser Ansprüche unter Rechtsgrund bzw. Rechtsgrundlosigkeit zu verstehen ist.

I. Die Erklärung der Eingriffskondiktion mit der Fortwirkung eines Rechts.

Die Eingriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB) ist, wie Wilburg vor allem am Beispiel der Verletzung des Eigentums anschaulich gemacht hat, mit der Fortwirkung eines beeinträchtigten subjektiven Rechts des Verletzten zu erklären[6]. In gleichem Sinne redet v. Caemmerer, der Wilburgs Vorstellungen weiter ausgebaut und präzisiert hat, von "Bereicherung aus fremdem Gut"[7]. Wer etwa fremde Sachen nutzt oder verbraucht oder anderweitig verwertet, wer fremde Urheber- oder Patentrechte ausbeutet oder ihm nicht zustehende Forderungen mit Wirkung gegen den Gläubiger eintreibt, hat den durch seinen Eingriff erlangten Vorteil dem Berechtigten als ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben: Der Güterzuweisungszweck[8] des betroffenen absoluten oder jedenfalls gleich einem solchen geschützten Rechts wirkt gegenüber der Bereicherung fort, weshalb diese dem Verletzten gebührt.

1. Reduziert man dergestalt nicht mit der klassischen Auffassung den Bereicherungsanspruch schlechthin auf die Grundlage eines betroffenen Vermögens, sondern mit der heute ganz herrschenden Meinung jedenfalls die Eingriffskondiktion auf die Wurzel eines subjektiven Rechts[9], heißt "auf Kosten eines anderen" bei diesem Anspruch dem-

6) Bereicherung 27 ff.; AcP 163, 346 ff., insbes. 348.

7) Festschr. Rabel I 352 ff.

8) So nach dem Vorbild von Heck, Grundriß des Schuldrechts (1929) § 141, 5 b.

9) Vgl. außer Wilburg (oben Note 6) und v. Caemmerer (oben Note 7) insbesondere: Larenz, Schuldrecht II § 62 I b, II a; Esser, Schuldrecht § 195; Fikentscher, Schuldrecht § 99 IV; Scheyhing AcP 157, 381; Mestmäcker, Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521 ff.; Berg AcP 160, 507/8; Rothoeft AcP 163, 237 ff.; Bydlinski, Festschr. Wilburg 68/9; Westermann, Sachenrecht § 54, 2; Baur, Sachenrecht §§ 13 B II, 53 c I 2; Baur/M.Wolf, JuS 1966, 393 ff.

nach soviel wie "auf Kosten des subjektiven Rechts eines anderen". Hieran ist bemerkenswert, daß der Gesetzgeber die Worte "auf dessen Kosten" in § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB anstelle der ursprünglich vorgesehenen Fassung "aus dessen Vermögen" eigens in der Absicht gewählt hatte, einen Bereicherungsanspruch sogar auch bei solchen Vorteilen zu ermöglichen, die noch gar nicht in das Vermögen des Verkürzten gelangt waren[10].

2. Den Schlüssel für diese "organische" (Wilburg), die schlichte Hinnahme als einen "gesetzlichen" Anspruch überwindende Entwicklung des Bereicherungsanspruchs aus dem beeinträchtigten Recht bildet die Erkenntnis, daß die Lehre von der schuldrechtlichen Unterlage in den hier in Frage stehenden Fällen in Wahrheit, wenigstens zunächst, völlig versagt. Der Begriff der "Rechtsgrundlosigkeit" der Bereicherung bedarf also einer tiefergehenden Bestimmung: Wer, wenn auch in aller Redlichkeit, gestohlene Ware käuflich erworben und dann verbraucht hat, kann dem Bereicherungsanspruch des Eigentümers wegen Verwertung seines Gutes den Kaufvertrag mit dem Dieb so wenig entgegenhalten, wie er ihn der Vindikation des Eigentümers hätte entgegensetzen können[11]. Dann aber ist der in der Rechtsgrundlosigkeit gelegene Entstehungsgrund des Bereicherungsanspruchs hier auch nicht das Fehlen einer schuldrechtlichen Unterlage. Unter Rechtsgrundlosigkeit ist vielmehr der Widerspruch zu verstehen, in dem die von dem Dritten erlangte Bereicherung zu dem fortbestehenden Zweck der dem Verletzten durch sein subjektives Recht gewährleisteten Güterzuweisung steht.

Zu beachten ist nun jedoch, daß bereits auch Wilburg, zumindest für Ausnahmefälle wie etwa dann, wenn der Käufer die ihm noch nicht übereignete Sache eigenmächtig verwertet, darum einem Schuldverhältnis nicht schon von vornherein die Kraft abspricht, die Eingriffskondiktion auszuschließen. Er betont dabei aber mit aller Entschiedenheit, daß diese Seite des Anspruchsproblems keinesfalls mit der Ab-

10) Protokolle II 685.

11) Wilburg, Bereicherung 12 ff.; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 337/8, 382 und Festschr. Boehmer 151/2.

leitung des Anspruchs aus dem verletzten Recht vermengt werden dürfe[12]. Damit aber wird, gleichviel ob man eine derartige Legitimierung einer Eingriffsbereicherung, was noch keineswegs ausgetragen ist, überhaupt für möglich erachtet oder nicht[13], der Sache nach ein klarer Trennungsstrich zwischen der "Rechtsgrundlosigkeit" der Bereicherung als dem Widerspruch der Bereicherung zum Güterzuweisungszweck des verletzten Rechts auf der einen und der Frage nach einem etwa vorhandenen "Rechtsgrund" der Bereicherung auf der anderen Seite gezogen: "Rechtsgrund" ist die Rechtfertigung der wegen des Zuweisungswiderspruchs für sich genommen rechtsgrundlosen Bereicherung auf der Grundlage eines diese Bereicherung deckenden Schuldverhältnisses.

Hiernach hat man, anstatt mit der überwundenen Auffassung schlicht bei der "rechtsgrundlosen Vermögensverschiebung" anzusetzen, für das Verständnis der Eingriffskondiktion drei Dinge auseinanderzuhalten: Einmal das betroffene subjektive Recht des Verletzten als die Grundlage des Anspruchs (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB: "auf dessen Kosten"). Sodann die mit dem Eingriff ("in sonstiger Weise") ausgelöste Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung eines Dritten als den Entstehungsgrund des Anspruchs. Schließlich einen möglichen Rechtsgrund dieser Bereicherung, der, wenn vorhanden, die Bereicherung trotz ihrer Rechtsgrundlosigkeit zu rechtfertigen vermag und damit dem Anspruch seinen Fortbestand oder wenigstens seine Durchsetzbarkeit raubt, der aber auch fehlen kann und - soviel läßt sich hier schon sagen - zumindest im Regelfall fehlen wird und dann einem Durchgreifen des Anspruchs nicht im Wege steht. Rechtsgrundlosigkeit einerseits und Fehlen eines Rechtsgrundes andererseits sind also nicht dasselbe, und die Rechtsgrundlosigkeit stellt nicht das negative Gegenstück zum Rechtsgrund dar, obschon das Gesetz ("ohne rechtlichen Grund") diesen Unterschied nicht zum Ausdruck bringt. So gesehen mag es eine sprachliche Erleichterung bedeuten, wenn man je

12) aaO 47/8.

13) Dafür etwa auch Jakobs, Eingriffserwerb 156 FN. 10.

nachdem von einer"rechtsgrundlosen, jedoch gerechtfertigten" oder einer "rechtsgrundlosen und ungerechtfertigten" Bereicherung spricht.

3. Im übrigen aber ist festzuhalten, daß die moderne Anschauung mit der Entwicklung der Eingriffskondiktion aus einem verletzten Recht systematisch betrachtet diesen Anspruch in die gleiche Ebene wie die sonstigen Eingriffsansprüche (§§ 823 Abs. 1, 985, 1004, 687 Abs. 2 BGB) rückt, die dem subjektiven Recht Drittschutz verleihen[14].

II. Die Erklärung der Leistungskondiktion mit der Verfehlung eines Zwecks.

Hatte es sich bei der Eingriffskondiktion als unausweichlich erwiesen, den Bedeutungsgehalt von Rechtsgrundlosigkeit und Rechtsgrund der Bereicherung genauer zu ermitteln, so legt das nahe, nun auch für die Leistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, Satz 2 BGB) denselben Weg zu beschreiten: Könnte doch auch dieser Anspruch nicht länger nur von der Formel des Fehlens einer schuldrechtlichen Unterlage her zu erklären, sondern gleichfalls als Fortwirkungsanspruch aus einem subjektiven Recht zu deuten sein. Wilburg hat in seiner ersten Untersuchung der Frage[15] diese Möglichkeit mit Nachdruck verneint und statt dessen die "fundamentale Verschiedenheit der Grundlagen" von Eingriffs- und Leistungskondiktion betont. Die noch immer herrschende Ansicht ist ihm unter Führung v. Caemmerers[16] darin gefolgt[17]. Der Grundgedanke ist dabei der, daß als Leistungsbereicherung alles in Betracht kommt, was immer nach dem freien Willen der Beteiligten Inhalt des Schuldverhältnisses sein kann: Nicht nur die Übertragung des Eigentums oder sonstiger Rechte und die Leistung von Arbeit, sondern auch die Verschaffung bloßer tatsächlicher oder rechtlicher Positionen. Dann aber, so wird gefolgert, erscheint es als ausgeschlossen, auch die Leistungsbereicherung immer auf den

14) Wilburg, Bereicherung 35; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 353.

15) aaO 7 ff., 49/50.

16) Festschr. Rabel I 340 ff., 348 ff., 377, 378 ff.

17) Insbesondere: Esser, Schuldrecht § 189, 8; Kötter AcP 153, 200 ff.; Berg, AcP 160, 507/8. Zuletzt wieder Baur/M. Wolf JuS 1966, 393 ff.

Zuweisungsgehalt eines mit der Leistung aufgeopferten subjektiven Rechts zurückzuführen. Damit erübrigt es sich hier auch, den angestammten Platz der Lehre von der schuldrechtlichen Unterlage anzutasten[18].

1. So gesehen kann also eine Leistungskondiktion auch dort gegeben sein, wo mangels eines zugrunde liegenden subjektiven Rechts des Gläubigers eine Eingriffskondiktion nicht in Betracht kommt. Ja sie versagt selbst in solchen Fällen nicht, wo es an einer zuvor schon zum Vermögen des Kondizenten rechenbaren günstigen Lage ganz fehlt. Damit erweist sich wenigstens bei der Leistungskondiktion die flexiblere Fassung des Tatbestandes des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB durch den Gesetzgeber als gebotene Maßnahme. Dann freilich ist im Gegensatz zur Eingriffskondiktion hier aber auch aus den Worten "auf dessen Kosten" in Wahrheit überhaupt kein Kriterium für die Grundlage des Anspruchs zu gewinnen. So ist es nur folgerichtig, wenn von einer verbreiteten Ansicht dieses Tatbestandsmerkmal als für die Leistungskondiktion überhaupt funktionslos und daher überflüssig bezeichnet wird[19].

2. Erst recht findet sich hier weder dem Begriff noch auch nur der Sache nach eine Unterscheidung von Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung als Entstehungsgrund des Anspruchs und einem möglichen Rechtsgrund der Bereicherung, der über den Fortbestand oder doch die Durchsetzbarkeit des Anspruchs entscheiden würde. Statt des Gedankens der Rechtsfortwirkung soll für die dogmatische Erklärung der Leistungskondiktion vielmehr die für das Rechtsgeschäft charakteristische Rücksichtnahme auf die Willensbildung genügen, wie sie die schon anfängliche Verfehlung oder spätere Hinfälligkeit des mit der

18) Wilburg, Bereicherung 10/11; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 382/3; Baur/M. Wolf aaO 394.

19) In diesem Sinne namentlich: Esser, Schuldrecht § 189, 7; Soergel-Siebert-Mühl, 22 zu § 812; Kötter AcP 153, 200 ff.; Berg AcP 160, 507/8.

"Leistung" oder "Zuwendung" verfolgten "Leistungszwecks" oder "Geschäftszwecks" erforderlich macht[20].

Im einzelnen wird dieser Gedanke wiederum vielfach abgewandelt: Die Leistungskondiktion beruhe, so wird beispielsweise gesagt, nicht auf verlorengegangenem Recht, sondern allein darauf, daß grundlos geleistet worden sei[21]. Oder - und damit kommt wieder die Vorstellung vom "gesetzlichen" Anspruch herein-sie sei als eine Art gesetzlichen Anfechtungsrechts im Rahmen der gesamten Rechtsgeschäftslehre zu sehen[22]. Oder etwa auch, sie behandle einen Ausschnitt aus dem Problemkreis der Verfehlung oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage[23]. Jedenfalls aber bewegen sich diese Deutungen alle auf dem Gebiet eines Schutzes des Willens des Leistenden. Mehr noch, es wird sogar behauptet, daß der Versuch, für die Leistungskondiktion über die "rechtsgrundlose Leistung" als solche hinaus überhaupt eine weitere Rechtfertigung in einem hinter diesem Anspruch stehenden allgemeineren Prinzip zu suchen, in eine Fragestellung ohne dogmatischen Wert münde. Auf solche Weise könne man im Gegenteil die besondere Natur der Leistungskondiktion im Verhältnis zu den übrigen Bereicherungsansprüchen nur verwischen und dadurch ihrer richtigen Begrenzung hinderlich sein[24]. In der Tat läßt sich ja denn auch die mit der Unterscheidung von Leistungs- und Eingriffskondiktion getroffene Differenzierung nach Anspruchstypen kaum schärfer herausheben als mit der Verneinung einer gemeinsamen Grundlage beider Ansprüche.

Glaubt man auf diese Weise die Abgrenzung der Leistungskondiktion gegen andere Bereicherungsansprüche und vor allem gegen die Eingriffskondiktion gesichert, mehren sich nun auch die Versuche, wiederum innerhalb der Leistungskondiktion weitere Differenzierungen auszubilden. So ist insbesondere von Fikentscher[25] der Versuch ge-

20) Wilburg, Bereicherung 7 ff., insbes. 11 m.w. Nachw. zur Entwicklung. Aus dem neueren Schrifttum sind vor allem die Arbeiten von Zeiß zu nennen: Leistung, Zuwendungszweck und Erfüllung, JZ 1963,7 (7/8); Der rechtliche Grund (§ 812 BGB) für Schuldanerkenntnisse und Sicherheitsleistungen, AcP 164(1964) 50 ff.; weiter AcP 165,335 339. Zuletzt Baur/M. Wolf JuS 1966, 394.
21) Wilburg aaO 50; v.Caemmerer, Festschr. Rabel I 348/9.
22) Wilburg aaO 11, 49/50.
23) Zeiß AcP 164, 58/9.
24) Jakobs, Eingriffserwerb 155.
25) Schuldrecht § 99 I bis III.

macht worden, zwischen "technischen" und "materiellen" Leistungskondiktionen zu unterscheiden. Dabei sollen die ersteren dogmatisch als in einem vertraglich begründeten, jedoch gescheiterten Schuldverhältnis wurzelnd anzusehen sein, von welchem sie nur rechtstechnisch abgesondert worden sind. Letztere dagegen beträfen typische Fälle des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage und ließen sich hiermit unmittelbar aus sich selbst heraus erklären. Der Gedanke einer zu berücksichtigenden Zweckverfehlung wird jedoch nicht mehr aufgegeben.

3. Andererseits unterstreicht man die Selbständigkeit der Leistungskondiktion aber auch dadurch, daß man sie gemäß ihrer Aufgabe, der Rückabwicklung einer Leistung bei Fehlschlagen oder Wegfall des mit ihr in Bezug genommenen Schuldverhältnisses zu dienen, systematisch mit den sonstigen, "vertraglichen" oder "gesetzlichen" Rückabwicklungsansprüchen bei Darlehen, Rücktritt oder Wandlung oder auch bei der Einräumung eines Besitzrechts (§ 346; §§ 327 Satz 1, 467 Satz 1 bzw. 634 Abs. 4 i.V.m. § 346; § 607; §§ 556, 581 Abs. 2, 604, 695, 1055, 1223 BGB usf.) auf eine Stufe stellt: Ob einer dieser schärferen Ansprüche oder die Leistungskondiktion nach § 812 BGB eingreift, beruht nicht auf einer Wesensverschiedenheit der Rechtsbehelfe, sondern ist nur eine Frage des unterschiedlichen Umfangs der Haftung. Daher konnte der Gesetzgeber die grundsätzlich schärfere Haftung auch einfach im Wege der Verweisung auf den Anspruch nach § 812 BGB (§§ 323 Abs. 3, 327 Satz 2 BGB usf.) wieder abmildern[26].

III. Die Erklärung der Leistungskondiktion mit der Fortwirkung eines Rechts.

Diese dogmatische Darstellung der Leistungskondiktion ist indes nicht unbezweifelt geblieben. War es einmal gelungen, die Eingriffskondiktion als Fortwirkungsanspruch auf ein verletztes subjektives Recht zurückzuführen, drängte sich der Gedanke handgreiflich auf, daß in Entsprechung dazu auch die Leistungskondiktion als Rechtsfortwirkungsanspruch, und zwar hier nun aus dem mit der Leistung aufgeopferten subjektiven Recht, zu erklären ist.

26) v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 342/3 und Festschr. Boehmer 150/1.

1. Das hat auch Wilburg von vornherein klar gesehen. Wenn er gleichwohl diese Möglichkeit verwarf und darauf bestand, die für Leistungs- und Eingriffskondiktion gefundene Typendifferenzierung zugleich auch als Grundlagendifferenzierung zu deuten, so war dies fühlbar von dem Bestreben getragen, die in kritischer Auseinandersetzung mit der überkommenen Einheitslehre herausgearbeitete Unterscheidung beider Ansprüche nicht sogleich wieder aufs Spiel zu setzen[27]. Demgegenüber hat schon Rabel in seiner Besprechung der Wilburgschen Arbeit[28] bei aller grundsätzlichen Zustimmung zu den neuen Thesen Bedenken angemeldet, ob sich die Zweiteilung der Bereicherungsansprüche wirklich in der von Wilburg geforderten Schärfe werde halten lassen. Damit wird bereits auf die Erklärung verwiesen, die dann Barnstedt[29] und später namentlich v. Lübtow[30] gegeben haben und die neuerdings deutlich im Vordringen begriffen ist: Auch die Leistungskondiktion ist, nicht anders als die Eingriffskondiktion, ein Anspruch aus verlorengegangenem Recht. Die funktionelle Eigenständigkeit beider Anspruchstypen darf daher nicht darüber hinwegtäuschen, daß sie beide aus derselben Wurzel emporwachsen. Dann kann man mit Schmidt-Rimpler[31] von einer "Zuweisungskondiktion" ausgehen, die der Leistungs- und der Eingriffskondiktion übergeordnet ist. Die Einheitlichkeit des Grundgedankens des Bereicherungsrechts aber, wie sie sich nicht nur auf dem Boden der überkommenen Lehre[32], sondern auch von Vertretern der modernen Theorie[33] nachdrücklich hervorgehoben findet, bleibt damit gewahrt.

2. Diese These hat jetzt dadurch besonderes Gewicht bekommen, daß nunmehr auch Wilburg seine ursprüngliche Gegenposition revidiert

27) Bereicherung 49/50.

28) RabelsZ 10, 427/8.

29) Rechtsgrundlosigkeit 100.

30) Beiträge 26.

31) Diskussionsbeitrag auf der Tagung der Zivilrechtslehrer in Bad Bertrich 1952; dazu der Bericht von Schwarz AcP 152 (1952/3) 445 (456).

32) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 220 II.

33) Vgl. insbesondere Larenz, Schuldrecht II § 62 (364 FN. 1).

hat: In dem Bestreben, die beiden zentralen Gedanken der Güterzuweisung und der Rechtsfortwirkung im Schuldrecht umfassender zur Geltung zu bringen[34], will jetzt auch er unter ausdrücklicher Berufung auf Barnstedt und v. Lübtow die Leistungskondiktion ebenfalls als Rechtsfortwirkungsanspruch verstanden wissen: zumindest soll die Rechtsfortwirkung die "Hauptkraft" der Leistungskondiktion sein[35]. In seiner Nachfolge hat neuerlich auch Bydlinski diese Erklärung aufgegriffen[36]. So erscheint es lohnend, ihr einmal ein wenig gründlicher nachzugehen als dies bisher geschehen ist.

Ließe sich, was wir uns zum Ziel setzen wollen, die Grundlageneinheit von Leistungs- und Eingriffskondiktion tatsächlich darlegen, wäre damit ein ebenso anschauliches wie einleuchtendes dogmatisches Konzept gewonnen: Wie mit dem Eingriff die Eingriffskondiktion aus dem verletzten Recht, so geht mit dem in der Leistung gelegenen Opfer die Leistungskondiktion aus dem übertragenen Recht hervor. Soweit der Schutz der Eingriffskondiktion reicht, kommt auch derjenige der Leistungskondiktion in Betracht, und umgekehrt. Mag bei solcher Betrachtungsweise ursprünglich ein Rückfall in die überwundene Einheitslehre nahegelegen haben, ist diese Gefahr heute nicht mehr gegeben, wo die Einsicht in die Eigenständigkeit beider Anspruchstypen auf Grund ihrer je besonderen Aufgabe längst Gemeingut geworden ist.

Ein weiteres kommt hinzu: Wenn die herrschende Auffassung der Typendifferenzierung auch dadurch Nachdruck verleiht, daß sie die gegenseitige Ausschließlichkeit beider Ansprüche betont - wer mit der Leistungskondiktion erstattungsberechtigt oder erstattungspflichtig

34) AcP 163, 346 ff. (oben Note 1).

35) aaO 347, 349.

36) Festschr. Wilburg 69 ff. Nicht klar dagegen Rothoeft AcP 163, 215 ff., der zwar einerseits auch die Leistungskondiktion aus einem "Grundrecht" ableiten will (aaO 238/9), sie andererseits aber mit der Irrtumslehre in Zusammenhang bringt (aaO 225/6).

ist, kann dies nicht zugleich mit der Eingriffskondiktion sein, und umgekehrt[37] -, so ist diese Alternativität nicht auf der Basis der Grundlagenverschiedenheit, sondern [illegible]teil der Grundlageneinheit dieser Ansprüche erst wirklich schlüssig dargetan: Ein und dasselbe Recht kann durch denselben Vorgang nur entweder übertragen oder verletzt werden. Im übrigen ist systematisch betrachtet dann aber auch der in der Leistungskondiktion gefaßte "gesetzliche" Rückabwicklungsanspruch zu den Ansprüchen zu schlagen, die dem subjektiven Recht Drittschutz verleihen.

3. Bedeutsamer noch als für das Verhältnis zur Eingriffskondiktion ist die Erklärung auch der Leistungskondiktion als Rechtsfortwirkungsanspruch namentlich für die mit diesem Anspruch unmittelbar selbst verbundenen Sachfragen. Wie sich dieser Gedanke, sollte seine Tragfähigkeit zu erweisen sein, auf das Verständnis der Leistungskondiktion auswirken muß, läßt sich auf Grund der bisherigen Entwicklung schon von hier aus absehen: Nun jedenfalls gewinnt das Tatbestandsmerkmal "auf Kosten eines anderen" in § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht anders als bei der Eingriffskondiktion selbständige Bedeutung als Kriterium für die Grundlage des Anspruchs. Es besagt dann auch hier soviel wie "auf Kosten des subjektiven Rechts eines anderen", nicht jedoch schlechthin "auf Kosten des Vermögens eines anderen". Erst recht werden damit auch bei diesem Anspruch die noch weiter reichenden Vorstellungen des Gesetzgebers verlassen.

Vor allem wird jetzt eine kritische Auseinandersetzung mit der Lehre von der schuldrechtlichen Unterlage auch insoweit unumgänglich, als sie die Leistungskondiktion betrifft. Denn wenn der Anspruch auch hier aus einem ihm zugrunde liegenden und in ihm fortwirkenden subjektiven Recht zu entwickeln ist, kann sein "durch die Leistung eines anderen" ausgelöster, in der Rechtsgrundlosigkeit der Berei -

37) So vor allem: Esser, Schuldrecht §§ 188, 3 a; 190, 4; Kötter AcP 153, 207/8; Scheyhing AcP 157, 383; Rothoeft aaO 237/8; Zeiß AcP 165, 336 ff.; Baur/M. Wolf JuS 1966, 397. Ebenso BGHZ 40, 272 (278).

cherung liegender Entstehungsgrund nicht im Mangel einer schuldrechtlichen Unterlage gefunden werden. Er läßt sich dann vielmehr allein als der Widerspruch bestimmen, in welchem die Bereicherung des Empfängers zu dem fortbestehenden Zweck der dem Leistenden durch sein subjektives Recht gewährleisteten Güterzuweisung steht: Ist bei der Eingriffskondiktion "Rechtsgrundlosigkeit" der Widerspruch der Eingriffsbereicherung zum Zweck der Güterzuweisung des durch die Verletzung betroffenen Rechts, so ist "Rechtsgrundlosigkeit" hier der Widerspruch der Leistungsbereicherung zum Zweck der Güterzuweisung des durch die Übertragung betroffenen Rechts. Wie die Eingriffskondiktion bereits mit dem Eingriff, entsteht also auch die Leistungskondiktion schon unmittelbar mit dem in der Leistung vollzogenen Opfer.

Hiervon ist dann aber wieder in aller Schärfe die ganz andere Frage nach dem Fortbestand oder jedenfalls der Durchsetzbarkeit dieses Anspruchs zu unterscheiden, die nun freilich vom Vorhandensein einer geeigneten schuldrechtlichen Unterlage abhängig ist: Wird die um des Zuweisungswiderspruchs willen rechtsgrundlose Bereicherung des Empfängers dadurch legitimiert, daß durch sie ein Schuldverhältnis seine Erfüllung findet, so ist die Bereicherung ungeachtet ihrer Rechtsgrundlosigkeit dennoch "mit Rechtsgrund" erlangt und greift der Bereicherungsanspruch nicht durch. Dabei kann hier noch unentschieden bleiben, ob er damit untergeht oder nur gehemmt wird. Kann dagegen in Ermangelung einer ausreichenden schuldrechtlichen Unterlage eine solche Erfüllung nicht eintreten, ist die Bereicherung nicht allein rechtsgrundlos, sondern, was wiederum auseinanderzuhalten ist, auch "ohne Rechtsgrund" erlangt. Dann kommt der Rechtsfortwirkungsanspruch ungehindert zum Zuge. Damit ist auch schon gesagt, daß es schief ist, ein Schuldverhältnis selbst als Rechtsgrund zu bezeichnen. "Rechtsgrund" der Bereicherung ist vielmehr die Erfüllung dieses Schuldverhältnisses, die trotz der mit der Leistung ausgelösten Antinomie von Bereicherung des Empfängers und Zweck der Güterzuweisung des aufgeopferten Rechts des Leistenden die Bereicherung rechtmäßig macht: Wie in der Rechtsgrundlosigkeit, so liegt auch im Rechtsgrund wieder eine Wertung. Im übrigen läßt sich der Unterschied dieser bei-

den Begriffe, den das Gesetz, wie schon bei der Eingriffskondiktion festzustellen war, nicht sichtbar werden läßt ("ohne rechtlichen Grund"), auch hier dadurch wiedergeben, daß man je nachdem von einer "rechtsgrundlosen, aber gerechtfertigten" oder einer "rechtsgrundlosen und ungerechtfertigten" Bereicherung spricht.

4. Wenn wir auf dieser Unterscheidung so sehr beharren, dann hat das seinen besonderen Grund: Mit der Entwicklung auch der Leistungskondiktion aus einem zugrunde liegenden Recht ist man dogmatisch der Notwendigkeit enthoben, zur Darstellung dieses Rückabwicklungsanspruchs auf die Problematik der rechtsgeschäftlichen Willensbildung einzugehen. Es erübrigt sich mit anderen Worten, auf die Verfehlung oder Hinfälligkeit des auf die Erfüllung des Schuldverhältnisses als solchen bezogenen Leistungszwecks oder vor allem auch auf die Verfehlung oder Hinfälligkeit all der für die Verbindlichkeit dieses Schuldverhältnisses erheblichen Momente zurückzugreifen, die im Begriff des Geschäftszwecks zusammenlaufen.

Die so gewonnene Entlastungsmöglichkeit ist von großer Tragweite. v. Caemmerer[38] macht zu Recht darauf aufmerksam, daß man es im Vergleich mit anderen Rechtsordnungen als einen besonderen Vorzug unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs betrachten kann, wenn hier das Schuldverhältnis selbst und erst recht die von ihm wieder zu unterscheidenden Voraussetzungen seiner Geltung und seines Bestandes aus den Bereicherungsvorschriften der §§ 812 ff. BGB rechtstechnisch ausgeklammert worden und daher auf die von ihnen gesonderte Rückabwicklung nur indirekt von Einfluß sind. Tatsächlich schleppen jedoch auch die deutsche Praxis und Doktrin die crux eben jener unglücklichen Verquickung der beiden Fragenbereiche, welcher der Gesetzgeber gerade hatte steuern wollen, in weitem Umfang immer wieder mit sich fort. Das zeigt sich gerade an der Deutung der Leistungskondiktion mit dem Gedanken einer Rücksichtnahme auf die rechtsgeschäftliche Willensbildung. Mehr noch, hinter der Tendenz der Lehre, auch innerhalb der Leistungskondiktion weitere Differenzierun-

38) Festschr. Rabel I 343 ff., insbes. 345 unter Berufung auf Dawson, Unjust Enrichment (1951) 113 ff.

gen herauszuarbeiten, ist deutlich die Neigung zu verspüren, die Lehre von der Zweckverfehlung noch stärker, als bisher schon der Fall, mit all ihren Schattierungen in das Bereicherungsrecht selbst hineinzuziehen. Besonders augenfällig ist das bei Fikentscher, wenn er etwa, wie geschildert, den in einem Schuldverhältnis wurzelnden, jedoch rechtstechnisch von diesem abgesonderten und darum nur "technischen" Leistungskondiktionen "materielle" Leistungskondiktionen gegenübergestellt werden, die unmittelbar selbst Ausdruck des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage sein sollen[39]). Die Ursache dieser Entwicklung liegt auf der Hand: Der gewiß naheliegende, auf dem Boden unserer These aber eben unzutreffende Schluß von einer mit dem Rechtsgrund der Bereicherung gleichgesetzten schuldrechtlichen Unterlage auf die Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung als das Fehlen dieser Unterlage mündet unversehens immer wieder von neuem in den Zwang, die Erklärung der Leistungskondiktion mit der Verfehlung eines Zwecks und vor allem auch des Geschäftszwecks, mit dem das Schuldverhältnis steht und fällt, sowie auch schon von dessen Voraussetzungen zu suchen. Damit aber geht die Behandlung der beiden Problemkreise, gehen die Fragen des Schuldverhältnisses selbst und seines Vorfeldes auf der einen und der Rückabwicklung auf der anderen Seite auch schon ineinander über.

Beide aber werden durchgängig nicht nur technisch, sondern auch dogmatisch ein für allemal klar auseinandergehalten, wenn man auch in der Leistungskondiktion einen Rechtsfortwirkungsanspruch erblickt. Denn dann erweist sich die Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung als offener Widerspruch zum Zuweisungszweck des betroffenen Rechts und hat damit weder mit dem Schuldverhältnis als solchen noch mit dem dieses tragenden Geschäftszweck oder auch wieder dessen Voraussetzungen etwas zu tun; unter dem - in aller Regel vorhandenen, möglicherweise eben aber auch fehlenden Rechtsgrund der Bereicherung ist dagegen die Erfüllung eines Schuldverhältnisses zu verstehen, welche die Bereicherung trotz des Zuweisungswiderspruchs legitimiert. Der so bestimmte Rechtsgrund der Bereicherung setzt nun freilich nicht nur ein wirksames Schuldverhältnis voraus, sondern wird insofern, wenn-

39) Oben zu Note 25.

gleich nur mittelbar, auch von einem Mangel im Geschäftszweck oder schon in dessen Voraussetzungen berührt, als dieser wiederum die Erfüllungsfähigkeit des Schuldverhältnisses beeinflußt. Jedenfalls aber ist so gesehen die Rechtsgrundlosigkeit nicht dasselbe wie das Fehlen eines Rechtsgrundes, und die Rechtsgrundlosigkeit als der Entstehungsgrund des Anspruchs nicht das negative Gegenstück zum Rechtsgrund, an dem sich der Fortbestand oder doch die Durchsetzbarkeit des Anspruchs entscheiden.

5. Die dogmatische Darstellung der Leistungskondiktion, das also ist unsere Behauptung, hat nicht nur nicht beim Leistungszweck anzusetzen, sondern auch vom Geschäftszweck ganz zu abstrahieren und den Anspruch allein aus dem Fundament eines aufgeopferten subjektiven Rechts zu entwickeln. Nach der Leistungskondiktion kann nicht gefragt werden, indem man vom Mangel der schuldrechtlichen Unterlage herkommend ein in Parallele zum Schuldverhältnis stehendes "Rückabwicklungsverhältnis" zu ermitteln sucht. Auszugehen ist von der aus dem Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts schöpfenden Leistung, mit welcher ein aus diesem Recht hervorgehender "Opferanspruch" entsteht. Dann erst stellt sich die nun freilich von der schuldrechtlichen Unterlage abhängige, über das weitere Schicksal des Anspruchs befindende Frage, ob die dem Empfänger zugewendete Bereicherung gerechtfertigt ist oder nicht. Die Aufgabe der Leistungskondiktion ist nicht die Rückabwicklung eines fehlgeschlagenen oder dahingefallenen Schuldverhältnisses, sondern die Rückabwicklung der mit der Leistung vollzogenen Übertragung eines Rechts.

IV. Subjektives Recht, Zuweisungsgehalt und Vermögensverschiebung.

Da, wie sich schwerlich bestreiten läßt, die Erklärung auch der Leistungskondiktion als Rechtsfortwirkungsanspruch die Überzeugungskraft der natürlichen Anschauung für sich hat, ergibt sich die Frage, welche tieferen Gründe eigentlich eine solche Deutung bisher nicht voll haben zum Durchbruch kommen lassen. Diese Gründe werden

alsbald sichtbar, wenn man sich anhand der neueren Diskussion die Schwierigkeiten vergegenwärtigt, denen bei aller grundsätzlichen Anerkennung die Durchsetzung des Gedankens der Rechtsfortwirkung im einzelnen auch bei der Eingriffskondiktion noch immer ausgesetzt [illegible] und die sich bei der Übernahme dieses Gedankens auf die Leistungskondiktion gleichfalls wieder einstellen müssen: Sie sind in der langen Vernachlässigung der Lehre von Struktur und Funktion des subjektiven Rechts zu suchen. Wenn sich in neuerer Zeit nun aber auch auf diesem Feld wieder eine umfassendere Auseinandersetzung abzeichnet, geht dies entscheidend mit auf den Einfluß der modernen Bereicherungstheorie zurück: Gleichgültig, ob man den Anregungen Wieackers[40] folgend mit der Zuweisung die Zuständigkeit des Rechts oder aber nach dem Vorbild von Heck[41] den Zuweisungsgehalt des Rechts mehr in den Vordergrund rückt, jedenfalls setzt sich mehr und mehr die Auffassung durch, daß das Wesen des subjektiven Rechts über die herkömmliche Einteilung nach Herrschafts-, Forderungs- und Gestaltungsrechten hinweg in seiner güterzuweisenden Funktion begründet liegt[42].

[illegible]) Die Forderung als Mittel und Gegenstand der Vermögenszuordnung, [illegible], 49 ff.; Zum System des deutschen Vermögensrechts (1941); Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, AcP 148 (1943) 57 ff.

41) Schuldrecht § 141, 5 b (oben Note 8).

42) So mit freilich nicht unerheblichen Unterschieden im einzelnen: Westermann, Sachenrecht § 2 II; Larenz, Schuldrecht I § 29 III und II § 66 I a (410), 70 II (481); jetzt auch derselbe, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts (1967) §§ 5 II (62); 7 III (90/1); 18 I (212), II a (217); 19 II; Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates (1949) 150 ff.; Wilburg, Bereicherung 27 ff. und AcP 163, 348/9; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 353 ff.; derselbe, Handlungen des Deliktsrechts, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag (1960) II 49 (55); Eichler, Institutionen des Sachenrechts I (1954) 19 ff., 144 ff.; Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft (1955), insbes. 86 ff.; Mestmäcker, JZ 1958, 521 ff.; Reinhardt, Die subjektiven Rechte in § 823 Abs. 1 BGB, Karlsruher Forum 1961, 3 (6 ff.); Raiser, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im deutschen Zivilrecht, JZ 1961,465 ff.; Fabricius, Zur Dogmatik des "sonstigen Rechts" gemäß § 823 Abs. 1 BGB, AcP 160 (1961) 273 (287/8); derselbe, Zur Theorie des stückelosen Effektengiroverkehrs, AcP 162 (1963) 456 (470 ff.); Diederichsen, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen (1965) 37 ff.; Fikentscher, Schuldrecht §§ 97 III 2 a, 103 I (556); Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften (1965) 5 ff.; Bydlinski, Festschr. Wilburg 68 ff.; insbes. 73.

Damit wird nun dasjenige Moment des subjektiven Rechts, welches bei der Herausarbeitung der bereicherungsrechtlichen Rechtsfortwirkung wesentlich geworden war, zu seinem strukturbestimmenden Faktor schlechthin.

1. Wie wenig gesichert freilich diese Vorstellungen einstweilen noch sind, zeigt sich einmal schon darin, daß nach einer zuerst von Mestmäcker[43] verfochtenen, auf namhafte Zustimmung[44] gestoßene These keineswegs alle subjektiven Rechte den Schutz des Fortwirkungsanspruchs genießen. Es soll vielmehr nach Rechten mit Zuweisungsgehalt und solchen ohne Zuweisungsgehalt zu unterscheiden sein. Den letzteren wird die Fähigkeit zu bereicherungsrechtlicher Fortwirkung abgesprochen.

2. Noch schwerer aber wiegt in diesem Zusammenhang, daß das überkommene Dogma vom Erfordernis einer Vermögensverschiebung auf breiter Front ins Wanken geraten ist.

Zunächst gilt dies für die Frage der Entreicherung. Schon früher hat Wilburg[45] und in neuerer Zeit haben vor allem Mestmäcker[46] und dann wieder Jakobs[47] dargetan, daß Rechtsprechung und Lehre das Kriterium der als Vermögenseinbuße, also im Sinne eines Schadens verstandenen Entreicherung im Laufe der Zeit immer mehr formalisiert und dabei verflüchtigt haben. Mit ihnen folgert die heute herrschende Lehre daraus, daß es auf einen solchen Schaden überhaupt nicht ankommt. Und auch in der Rechtsprechung findet sich hervorgehoben, daß der Bereicherungsanspruch keinen Schaden zur Voraussetzung habe. So liegt es zunächst einmal bei der Leistungskondiktion[48], und zwar be-

43) Mestmäcker aaO 523 ff.

44) Esser, Schuldrecht § 195, 4 b; Raiser JZ 1961, 467 ff.

45) Wilburg, Bereicherung 97 ff.

46) Mestmäcker JZ 1958, 521/2.

47) Jakobs, Eingriffserwerb 61 ff.

48) Dazu vor allem Wilburg, Bereicherung 106 ff.; Esser, Schuldrecht § 189, 7 und 8.

sonders deutlich dort, wo man das Tatbestandsmerkmal des Erlangens "auf Kosten eines anderen" in § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB auch nicht als einen Hinweis auf die Grundlage des Anspruchs, sondern als für diesen Anspruch überhaupt funktionslos und überflüssig betrachtet[49]. Bei der Eingriffskondiktion wird die Entbehrlichkeit eines Schadens damit begründet, daß für den Anspruch unabhängig von jeder Vermögenseinbuße des Betroffenen allein entscheidend sei, daß dem Bereicherten der erlangte Vorteil nach der Zuweisung des beeinträchtigten Rechts nicht gebührt[50]. Damit tritt hier in den Worten "auf dessen Kosten" wenigstens noch das Fundament des Anspruchs in einem Recht des Betroffenen, jedoch auch wiederum kein Substanzverlust mehr in Erscheinung. Allgemeiner noch wird die Bereicherungshaftung schlechthin dahin charakterisiert, daß sie nicht einen Schaden im Vermögen des Gläubigers, sondern einen grundlosen Zuwachs im Vermögen des Schuldners ausgleichen soll[51].

Aber auch hinsichtlich der Bereicherung des anderen Teils, die nach der klassischen Auffassung der Entreicherung des einen Teils gegenübersteht, findet sich heute vereinzelt schon die Ansicht vertreten, es komme für die Begründung einer Ausgleichspflicht auf einen erlangten Vorteil ("etwas") nicht immer an. Dabei ist zunächst auf den Grundsatz der Rechtsprechung zu verweisen, wonach dem Bereicherungsschuldner die Berufung darauf verwehrt wird, er hätte sich bei voller Kenntnis der Sachlage nicht bereichert und werde daher jetzt durch eine Ausgleichspflicht unberechtigt in seinem Vermögen getroffen[52]. Denn in sachlicher Parallele zu diesem

---

49) Nachweise oben Note 19.

50) Wilburg, Bereicherung 106 ff.; Mestmäcker JZ 1958, 521 ff.; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 358; Larenz, Schuldrecht II § 62 I b, II a; Esser, Schuldrecht § 195, 2 b; Kleinheyer, Eingriffsbereicherung durch unbefugte Nutzung und Wertersatz, JZ 1961, 473 (474/5).

51) BGHZ 17, 236 (239); 20, 345 (355); 36, 232 (233); Wilburg aaO und AcP 163, 349; Esser aaO §§ 187, 3; 189, 8; 195, 2 b; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 221 II 2; Jakobs, Eingriffserwerb 61 ff., 155 ff.; Bydlinski, Festschr. Wilburg 68/9.

52) RGZ 97, 310 (312); BGHZ 20, 355.

Grundsatz will Wilburg[53] mit der Rechtsfortwirkung heute einen Ausgleichsanspruch in einzelnen Fällen auch dort schon rechtfertigen, wo nicht nur eine Vermögenseinbuße des Betroffenen, sondern auch ein Vermögenszuwachs des Ausgleichspflichtigen schon von vornherein nicht gegeben ist. Auch hierin ist Bydlinski ihm gefolgt[54]. Während Wilburg dabei vorsichtig nur einen dem gewöhnlichen Bereicherungsanspruch verwandten Anspruch annimmt, spricht Bydlinski ausdrücklich auch hier von einem - wenn auch im weiteren Sinne zu verstehenden - Bereicherungsanspruch.

Jedoch auch wenn man auf Seiten des Kondiktionsgegners so weit zu gehen nicht gewillt ist, jedenfalls aber daran festhält, daß es auf einen Schaden des Kondizenten nicht ankommt, hat man, richtig gesehen, das Erfordernis einer Vermögensverschiebung als Voraussetzung der Bereicherungshaftung schon vollständig aufgegeben. Darüber vermag auch die häufig gebrauchte Formel nicht hinwegzutäuschen, mit der man die strenge Entsprechung von Entreicherung und Bereicherung aufzulockern versucht, um wenigstens dem Grundsatz nach an der Vermögensverschiebung festhalten zu können: daß sich nämlich Entreicherung des Gläubigers und Bereicherung des Schuldners ihrem Inhalt und Umfang nach nicht notwendig decken müßten, die Bereicherung sich also durchaus auch höher als die Entreicherung bemessen ließe[55]. Denn wenn man von einem als Vermögenseinbuße verstandenen Schaden des Gläubigers absieht, kann eben auch von einer Vermögensverschiebung nicht mehr die Rede sein.

3.Dieses Ergebnis nennt denn auch vor allem Esser klar beim Namen, wenn er sagt, das gesamte Entreicherungsproblem im Sinne der Entsprechung von Vorteil und Nachteil habe weder für die Eingriffs-

53) AcP 163, 346 ff., insbes. 348, 356 ff., 360 ff.
54) Festschr. Wilburg 69 ff., insbes. 74; jetzt auch derselbe, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (1967) 74, 101/2. Ähnlich nimmt Jakobs, Eingriffserwerb 144 ff. unter den Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB eine Bereicherungshaftung ohne Vermögensvermehrung an.
55) BGHZ 17, 239; 36, 233; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 221 II 2; Soergel-Siebert-Mühl, 37 zu § 812.

kondiktion noch für die Leistungskondiktion Bedeutung[56]. Das aber ist für ihn offenbar auch der eigentliche Anlaß dafür, nun dem Gedanken der Rechtsfortwirkung seine Gültigkeit abzusprechen und jedenfalls die Eingriffskondiktion allein noch mit der Beeinträchtigung eines subjektiven Rechts zu erklären[57]. Hieran ist sicherlich eines richtig: Einen bereicherungsrechtlichen, also von einem vorwerfbaren Verhalten des Schuldners unabhängigen Anspruch auf das Prinzip der Fortwirkung eines übertragenen oder verletzten subjektiven Rechts des Gläubigers zurückzuführen läßt sich nur dann schlüssig dartun, wenn man in der zu erstattenden Bereicherung des Dritten den aus der Güterzuweisung des Rechts des Betroffenen verlorengegangenen Zuweisungsgehalt wieder nachweisen kann. Daher nimmt es nicht Wunder, wenn Jakobs aus der auch von ihm besonders herausgearbeiteten Auflösung des Erfordernisses der Vermögensverschiebung noch weit radikaler die Folgerung gezogen hat, daß nicht nur die Lehre von der Rechtsfortwirkung, sondern auch schon das Dogma von der Güterzuweisung durch das subjektive Recht, auf dem diese Lehre beruht, der Nachprüfung nicht standhalte[58].

V. Die Aufgabe.

Hiernach haben wir bei unserem Versuch, auch die Leistungskondiktion als einen aus derselben Grundlage wie die Eingriffskondiktion hervorgehenden Fortwirkungsanspruch aufzuzeigen, die in der Zuweisungslehre gegebenen Ansätze einer modernen Theorie der Struktur und Funktion des subjektiven Rechts in unsere Erörterungen einzubeziehen.

Entsteht ein solcher bereicherungsrechtlicher Fortwirkungsanspruch gleichermaßen wie mit einem Eingriff auch mit einer Lei-

56) Schuldrecht §§ 189, 8; 195, 2 b. In gleichem Sinne insbesondere schon Wilburg, Bereicherung 106.

57) aaO §§ 188, 1; 195, 2 b.

58) Eingriffserwerb, insbes. 23 ff., 41 ff., 61 ff., 155 ff.

stung, kommt es auch auf eine Klärung dessen an, was unter einer Leistung und einem Eingriff zu verstehen ist. Soll in diesem Anspruch tatsächlich ein betroffenes subjektives Recht fortwirken, muß aber, wie bereits gesagt, vor allem auch nachgewiesen werden, daß sich der vom Berechtigten verlorene Zuweisungsgehalt des Rechts in der Bereicherung des Anspruchsgegners wiederfindet. Das freilich läßt der heute vorherrschenden Anschauung die Notwendigkeit einer vollständigen Entsprechung von Entreicherung des einen und Bereicherung des anderen Teils entgegensetzen und die klassische Auffassung insoweit bewahren. Wenn Anspruchsfundament nicht die Gesamtheit des Vermögens, sondern ein konkretes subjektives Recht ist, wird jedoch an der Auflösung des Erfordernisses einer Vermögensverschiebung soviel richtig sein, daß diese im Begriff steht, allmählich von einer hinter ihr in Erscheinung tretenden, auf das einzelne Recht bezogenen Güterverschiebung verdrängt zu werden. Die Rechtsgrundlosigkeit selbst wiederum muß sich durchgängig aus dem Widerspruch der Bereicherung des Dritten zur Güterzuweisung oder doch zum fortbestehenden Zweck der Güterzuweisung des Rechts des Leistenden bzw. Verletzten begründen lassen.

Gelingt es aber, dergestalt das subjektive Recht als das Fundament des Anspruchs und die in dem Zuweisungswiderspruch liegende Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung als seinen Entstehungsgrund zu erklären, kann dann auch die ganz andere Frage nach einem möglichen Rechtsgrund der Bereicherung in Angriff genommen werden: Ob nämlich die Bereicherung auf der Grundlage eines sie deckenden Schuldverhältnisses eine Rechtfertigung erfährt oder nicht. Diese Frage entscheidet indes nur noch über den Fortbestand oder doch wenigstens die Durchsetzbarkeit des einmal entstandenen Anspruchs.

Wenn wir auf den Aufbau und die Bedeutung des subjektiven Rechts einzugehen haben, müssen wir uns im Rahmen unserer Fragestellung freilich streng auf die Grundzüge dieser Problematik beschränken. Gerade dann aber wird sich ein verläßliches Bild der Dinge nur gewinnen lassen, wenn man im übrigen die Leistungskondiktion voll in den Gesamt-

zusammenhang der auf dem subjektiven Recht gründenden Haftung, ja der privatrechtlichen Haftung überhaupt einordnet. So gesehen werden wir uns schließlich vor allem auch mit der hier noch offengelassenen Streitfrage zu befassen haben, ob es gegenüber der Eingriffskondiktion und, dies wenigstens nach unserer These, der Leistungskondiktion aus dem subjektiven Recht auch einen Bereicherungsanspruch aus nicht durch subjektive Rechte geschützten Rechtsstellungen gibt[59].

---

59) Dafür etwa: Wilburg, Bereicherung 44 ff. und Jakobs, Eingriffserwerb 115 ff. Dagegen aber v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 394 ff.; Esser, Schuldrecht § 195, 4 a; h.M.

Z W E I T E R T E I L

Rechtsfortwirkung und Opfersicherung.

1. Abschnitt: Primäre subjektive Rechte.

Erstes Kapitel
Fortwirkung des Eigentumsrechts.

Es entspricht unserer Denktradition, von den beiden Möglichkeiten des Rechtsverhältnisses zwischen einer Person und einer Person oder einer Person und einem Gegenstand der letzteren in der Figur des subjektiven Rechts Gestalt zu geben. Hier wiederum ist es das Eigentumsrecht, an dem dieser Begriff im Privatrecht seine umfassendste Entfaltung erfahren hat. So werden wir, wenn wir nunmehr um der Leistungskondiktion willen dem Gedanken der Rechtsfortwirkung im einzelnen nachgehen, zunächst beim Eigentumsrecht ansetzen.

I. Struktur und Funktion des Rechts.

Wenn die moderne Lehre die Zuweisung eines Gegenstandes an einen Inhaber zu gegenüber Dritten ausschließlichem Haben in den Mittelpunkt ihres Verständnisses vom subjektiven Recht stellt[1)], hat sie damit sicher dessen strukturellen Kern klar zu fassen bekommen.

1. Klar zu fassen bekommen: Denn von einer selbständigen Berechtigung an einem Gegenstand läßt sich nur reden, wenn dieser einem Einzelnen unter Ausschluß aller übrigen Rechtsgenossen allein zugeteilt ist. Mit Recht ist aber darauf aufmerksam gemacht worden, daß man bei der Bestimmung der Zuweisung als solcher nicht stehenbleiben darf. Will man nicht nur eine formale Umschreibung der Rechtszu-

---

1) Nachweise oben Seite 21 Note 40 bis 42. Statt von "Zuweisung" wird mit Wieacker vielfach auch von "Zuordnung" gesprochen.

ständigkeit geben, muß man vielmehr auch eine Bestimmung des materiellen Inhalts der Berechtigung treffen[2]. Der so angesprochene Zuweisungsgehalt des subjektiven Rechts ist als das Haben des Gegenstandes, d. h. nicht als der Gegenstand selbst, sondern die Herrschaftsmacht über den Gegenstand, beim Eigentum somit als die Herrschaftsmacht über die Sache zu ermitteln[3].

Diese Herrschaftsmacht ist zunächst einmal "negative Herrschaftsmacht" (negativer Zuweisungsgehalt), weil mit ihr der Berechtigte jeden Dritten von der Sachherrschaft ausschließen kann. Insofern läßt sich die Sache als den Ausschlußbereich umreißender, negativer Gegenstand bezeichnen. Vor allem aber ist die Herrschaftsmacht in demselben Umfang auch "positive Herrschaftsmacht" (positiver Zuweisungsgehalt), kraft deren der Berechtigte selbst auf die Sache zugreifen kann. Insofern ist dann die Sache den Zugriffsbereich umschließender, positiver Gegenstand[4]. Weiter ist die Herrschaftsmacht über die Sache ihrer vorgegebenen Natur nach "unmittelbar". Die Zuweisung solcher Sachherrschaft läßt den Berechtigten in der Ausübung seines Rechts auf die Vermittlung eines Dritten nicht angewiesen sein und erweist dadurch das Recht als "absolutes" Recht, als Herrschaftsrecht "an" der Sache selbst[5]. Schließlich kann der

2) So insbesondere Wolff-Raiser, Sachenrecht § 51 II 1.

3) Das wird oft nicht richtig gesehen; vgl. etwa Wiedemann, Mitgliedschaftsrechte 6, der den Gegenstand selbst als das Objekt der Zuweisung betrachtet. Unzutreffend auch Fabricius AcP 162, 471: Zuweisungsobjekt sei das subjektive Recht; die Zuweisung der Herrschaftsmacht ist vielmehr für das subjektive Recht konstitutiv. Fehl geht weiter der von Jakobs, Eingriffserwerb 30 und passim vorgetragene Angriff auf die Zuweisungslehre: Zuweisungsgehalt sei nicht das Haben des Gegenstandes, sondern das dem Berechtigten dadurch ermöglichte Handeln; dagegen mit Recht Larenz, Schuldrecht I § 62 I b (371). Wie hier klar jetzt auch Larenz, Allgemeiner Teil § 18 I (212).

4) Vor allem Schloßmann, Über den Begriff des Eigentums, JhJ 45 (1903) 289 (338 ff.) und ähnlich wieder Darmstädter, Der Eigentumsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, AcP 151 (1950/1) 311 ff., insbes. 334 ff. haben versucht, allein auf den Ausschlußcharakter des Eigentumsrechts abzustellen. Damit wird die ebenso wesenseigentümliche andere Seite des Rechts verfehlt. Positiver und negativer Zuweisungsgehalt des Eigentums lassen sich nicht auseinanderreißen. Dazu statt aller übrigen Wolff-Raiser, Sachenrecht § 51 II 1 und jetzt wieder Larenz, Allgemeiner Teil aaO.

5) Über die Ungenauigkeit der im Sprachgebrauch weithin üblichen Gleichsetzung von Sache und Eigentum(srecht an der Sache) zuletzt Larenz aaO § 22 IV.

Berechtigte aus seiner Sachherrschaft rein tatsächlich von jedem Dritten verdrängt werden, womit sein Recht "allseitig verletzbar" ist. Dieselbe Sachherrschaft macht aber auch, soweit Verfügungsmacht vorhanden, das Recht wiederum allseitig, nämlich jedem Dritten gegenüber übertragbar. Dementsprechend ist das Recht gegenüber jedem Verletzer, aber, wie wir zu zeigen haben, auch gegenüber jedem Erwerber, durch mit der Verletzung bzw. Übertragung ausgelöste Ansprüche geschützt (Drittschutz)[6].

Neben der Herrschaftsmacht über den Gegenstand steht als weiterer Inhalt des Rechts die soeben schon erwähnte Verfügungsmacht. Auf diese Verfügungsmacht über das Recht[7] ist hier nicht näher einzugehen. Konstitutive Bedeutung für das subjektive Recht kommt ihr nicht zu. Von Belang ist sie vor allem insofern, als sich nach ihr allein bestimmt, inwieweit man das subjektive Recht eindeutig als "dingliches" Recht bezeichnen kann: Soweit die Verfügungsmacht über das Recht reicht, macht sie dieses Recht zu einem unabhängig von der Mitwirkung eines Dritten verfügbaren "Ding". Dinglichkeit

---

6) Unmittelbarkeit der Herrschaftsmacht und Absolutheit, allseitige Verletzbarkeit und Drittschutz des Rechts werden weithin nur sehr unzulänglich auseinandergehalten. Handelt man sie aber mehr oder weniger unterschiedlos unter "Absolutheit" ab, macht man diesen Begriff unbrauchbar. Zu diesen Fragen zuletzt: Raiser, Dingliche Anwartschaften (1961) 56 ff.; derselbe JZ 1961, 467; Fabricius AcP 162, 467 ff.; Georgiades, Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf (1963) 106 ff.; Diederichsen, Recht zum Besitz 37 ff.; Dimopoulos-Vosikis, Zum Problem der dinglichen Pflicht, AcP 167 (1967) 515 (520 ff.); Baur, Sachenrecht §§ 2 I 1 a, 4 I; Westermann, Sachenrecht §§ 2 und 3, 1. Aber auch die Zuweisung (Rechtszuständigkeit) und der Zuweisungsgehalt (Rechtsinhalt), d.h. die unmittelbare Herrschaftsmacht über den Gegenstand, die das Recht erst zum absoluten und durch jeden Dritten verletzbaren Recht macht und damit wiederum dessen Drittschutz erfordert, werden (vgl. Westermann aaO § 2 II) nicht immer klar voneinander abgehoben.

7) Die Herrschaftsmacht ist Macht über den Gegenstand (die Sache) im Sinne von § 90 BGB, die Verfügungsmacht Macht über das Recht. Wo das Gesetz, wie in §§ 135 Abs. 1, 185 Abs. 1, 816 Abs. 1 BGB, von der Verfügung über einen "Gegenstand" spricht, meint es das Recht. Dazu Larenz, Allgemeiner Teil § 22 I und IV, der demgemäß Rechts- und Verfügungsgegenstände als Gegenstände "erster" und "zweiter" Ordnung unterscheidet. Wir verstehen hier und im folgenden unter dem Gegenstand ausschließlich den Gegenstand nach § 90 BGB.

ist dann soviel wie selbständige Verfügbarkeit[8].

2. Doch auch hier dürfen wir noch nicht haltmachen. Denn die dem subjektiven Recht im System unseres Privatrechts zufallende Aufgabe rechtfertigt nicht nur, sondern macht erforderlich, der diesem Recht zugrunde liegenden Zuweisung als solcher über die formale Funktion einer Regelung der konkreten Rechtszuständigkeit hinaus auch eine doppelte normative Funktion zuzuerkennen. Mit anderen Worten: Der rechtstheoretisch umstrittene normative Dualismus von Bestimmungs- und Bewertungsnorm[9] tritt auch im einzelnen subjektiven Recht selbst wieder in Erscheinung.

a) Was die Figur des subjektiven Rechts seit ihrer Schöpfung in der auf dem Boden der idealistischen Philosophie stehenden Pandektistik zu schützen bestimmt war und bleibt, und was sie als ihr Grundgedanke ihre fundamentale Stellung in unserem Privatrecht voll hat behaupten lassen, nämlich die sittliche Selbstverwirklichung des Individuums, ist uns, vor allem von Coing[10] und Raiser[11], gerade

8) Der Begriff der "Dinglichkeit" wird noch schillernder als der Begriff der "Absolutheit" verwendet: Sein Sprachgebrauch schwankt, ebenfalls meist undifferenziert, zwischen Unmittelbarkeit der Herrschaftsmacht und Absolutheit, Verletzbarkeit, Drittschutz und auch Sukzessionsschutz oder (in der Gesamtvollstreckung gewährten) Haftungsschutz des Rechts (vgl. wenige Note und die dort Genannten). Das hier noch dringlichere Bedürfnis nach einer verläßlichen Begriffsbildung legt an sich gerade beim Eigentum schon sprachlich nahe, mit "Dinglichkeit" allein die unvermittelte Gegenstandsbeziehung (Unmittelbarkeit der Sachherrschaft) zu bezeichnen. Doch scheitert diese Terminologie bereits daran, daß sich insoweit beispielsweise Pfandgläubiger und Mieter nicht unterscheiden. Wohl aber läßt sich mit der alleinigen Anknüpfung an die Verfügungsmacht wieder ein exakter Sinngehalt des Dinglichkeitsbegriffs gewinnen: Der Pfandgläubiger kann sein Sachherrschaftsrecht ohne Zustimmung des Eigentümers übertragen (dingliches Recht zum Besitz), der Mieter nicht (persönliches Recht zum Besitz).

9) Über die Norm als Bestimmungsnorm (Verhaltensnorm, Sollensregel, Imperativ, Befehl) und/oder Bewertungsnorm (Seinsregel, Urteil, Gewährung) mit weiteren Nachweisen: Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts[15] (1959/60) § 30 III; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1960) 149 ff.; Kelsen, Zum Begriff der Norm, Festschrift für H.C. Nipperdey (1965) I 57 ff.; Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung (1966) 49 ff.

10) Zur Geschichte des Privatrechtssystems (1962) 23 ff., 46 ff., 50ff.; Bemerkungen zum überkommenen Zivilrechtssystem, Festschrift für Hans Dölle (1963) I 25 (26 ff., 38/9).

11) JZ 1961, 465 ff.

in neuerer Zeit unter besonderer Betonung auch der Pflichtseite der Rechtsstellung[12] wiederholt deutlich ins Bewußtsein gerückt worden. Besonders anschaulich hat Raiser von den beiden, sich gegenseitig bedingenden Aufgaben der Selbstbehauptung der Person gegenüber dem Staat und in der Gemeinschaft und des Dienstes an der Gemeinschaft gesprochen[13]. In der damit angebahnten Differenzierung nach reiner Berechtigung und Pflicht schälen sich letztlich zwei klar voneinander zu unterscheidende, normative Funktionen der Zuweisung heraus.

Einmal ist die Zuweisung, wie ja die moderne Lehre gerade betont, "Güterzuweisung" mit der Aufgabe, den in der Herrschaftsmacht über den Gegenstand bestehenden Zuweisungsgehalt und die aus ihm fließenden Vorteile im Verhältnis zu Dritten allein dem Berechtigten zuzuteilen und zu wahren. Dann ist die Zuweisung Gewährung und hat den Charakter einer Bewertungsnorm, die einen bestimmten Zustand rechtsverbindlich regelt. Diese Normfunktion der Zuweisung ist insofern eine rein objektive, als sie sich darauf beschränkt, eben diesen Zustand verbindlich zu machen. Sie appelliert also nicht an das Verhalten irgendwelcher Adressaten.

Mag man in der Theorie bisher die Betonung weithin nur einseitig auf diese güterzuweisende Funktion der Zuweisung gelegt haben, wäre es doch verfehlt, darüber deren nicht minder bedeutsame andere Seite zu vernachlässigen, die sich als "Verhaltenszuweisung" bezeichnen läßt. Hier hat die Zuweisung die Aufgabe, sowohl dem Berechtigten also auch den ihm gegenüberstehenden Dritten ein Verhalten aufzuerlegen: Dem Inhaber des Rechts, mit seiner Herrschaftsmacht über den

12) Zu dieser Pflichtinnenseite des subjektiven Rechts, die auch in der Begriffsbildung "Pflichtrechte" hervortritt, namentlich Raiser aaO 472/3. Zum Einfluß des Verfassungsrechts in besonderem M. Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, Festgabe für Wilhelm Kahl (1923) 10 ff.; Kübler, Eigentum verpflichtet - eine zivilrechtliche Generalklausel?, AcP 159 (1960/1) 236 ff. Weitere Nachweise bei Wiedemann, Mitgliedschaftsrecht 22 FN. 1. Vgl. ferner auch Bruns, Recht und Pflicht als Korrespondenzbegriffe des Privatrechts, Festschr. Nipperdey I 3 ff.

13) aaO 467, 471, 473.

Gegenstand verantwortlich umzugehen; das gerade ist die Pflichtseite seiner Rechtsstellung. Aber auch den übrigen Rechtsgenossen, diesen Zuweisungsgehalt des Rechts als allein dem Berechtigten zustehend verantwortlich zu achten. Insofern bedeutet Zuweisung Befehl und hat den Charakter einer Bestimmungsnorm (Verhaltensnorm), die rechtsverbindlich ein bestimmtes Verhalten fordert. Eben weil die Zuweisung hier nicht auf einen Zustand, sondern auf ein Verhalten zielt und daher, im Gegensatz zur Güterzuweisung, notwendig zu verantwortlichem Handeln fähige Adressaten in der Person des Berechtigten bzw. der Dritten voraussetzt, kann man bei ihr von einer subjektiven Normfunktion reden. Damit ist zugleich klargestellt, daß diese Normfunktion der Zuweisung nur dann Wirksamkeit zu entfalten vermag, wenn sich den mit ihr Angesprochenen ein abweichendes Verhalten überhaupt zum Vorwurf machen läßt.

Wir beziehen also Stellung in der Auseinandersetzung um das Verständnis der rechtlichen Normen: Bewertungsnorm und Bestimmungs- oder Verhaltensnorm schließen einander nicht aus. Keine von beiden kann einen Vorrang vor der anderen für sich beanspruchen. Beide ergänzen sich vielmehr in ihrer spezifischen Funktion: Sie entsprechen einander.

b) Daß auch im subjektiven Recht selbst eine Norm zu sehen ist, hat lange genug wenig Beachtung gefunden. Die Anzeichen für den Durchbruch eines solchen normativen Verständnisses mehren sich aber. Das zeigt etwa der von Bucher[14] unternommene Versuch, das Wesen des subjektiven Rechts mit einer in der Erhebung von Ansprüchen gegen Dritte auszuübenden Normsetzungsbefugnis zu umreißen. Hat er dabei nur als Verhaltensnormen gedeutete Ansprüche im Auge, läßt demgegenüber, wenigstens in der Sache, Fikentscher[15] auch die Doppelnatur der Normativität des subjektiven Rechts als Verhaltens - und Bewertungsnorm klar hervortreten. Bei beiden Autoren wird freilich noch immer die Eigenbedeutung dieser Normativität verkannt und damit aber

14) Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis (1965), insbes.55 ff.
15) Schuldrecht §§ 97 III 1 b und 2 a; 99 IV 1; 103 I (556).

auch eine autonome Figur des subjektiven Rechts überhaupt aufgegeben. Das gilt von Bucher insofern, als er das subjektive Recht nur als einen Delegationssachverhalt aus objektivem Recht begreift[16] und es von vornherein ganz auf ein Rechtsverhältnis zwischen Person und Person zuschneidet. Aber auch Fikentscher sieht im subjektiven Recht nur eine der Haftung nicht vorgegebene, sondern allein in der Haftungsbeziehung selbst erheblich werdende und im Übrigen zu weit getriebene Abstraktion, die nicht mehr als eine Qualifizierung bestimmter Teile des objektiven Rechts bedeute[17].

Hiernach kommt es darauf an, ob man von einem selbständigen Rechtsverhältnis zwischen Person und Gegenstand, das im Begriff des subjektiven Rechts zum Niederschlag gekommen sein soll, überhaupt sprechen kann. Wir haben dies hier im Einklang mit der nicht unbestrittenen, aber herrschenden Meinung[18] aus der für uns zwingenden Erwägung getan, daß sich darauf in Anbetracht der dem subjektiven Recht in unserem System zukommenden Aufgabe nicht verzichten läßt: Nur auf diese Weise wird der dem Individuum mit der Zuweisung der Herrschaftsmacht über einen Gegenstand eröffnete Freiheitsraum sachgerecht erfaßt. Und doch hat erst neuestens auch Larenz noch einmal mit Nachdruck die Behauptung aufgestellt, jedes Rechtsverhältnis zwischen einer Person und einem Gegenstand löse sich wiederum in einem Rechtsverhältnis zwischen Personen auf. Dabei geht er von einem theoretischen Strukturmodell des Privatrechts aus, dessen Basis ein auf das Verhältnis von Person zu Person angelegtes "rechtliches Grundverhältnis" mit dem subjektiven Recht und der Rechtspflicht als seinen beiden "Grundelementen" darstellt[19]. Alle besonderen "Rechtsverhältnisse" sollen diesem "Grundverhältnis" strukturell nachgebildet sein[20]. Auch das subjektive Recht könne nur als ein rechtliches Band unter Personen verstanden werden. Die Zuweisung der Herrschaftsmacht über einen Gegenstand sei immer eine solche im Verhältnis zu

16) Subjektives Recht 56 und passim.
17) Schuldrecht aaO.
18) v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts (1910-18) I § 5 I 1; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 71 I 3.
19) Allgemeiner Teil § 5 I.
20) aaO § 18 I und II.

anderen Personen[21]. Maßgeblich für diese Eingliederung des subjektiven Rechts in eine Personbeziehung ist vor allem auch der Wunsch, der Pflichtseite des subjektiven Rechts einen geeigneten Ausdruck zu verleihen[22].

So sehr nun Larenz darauf bedacht ist, darüber die Unentbehrlichkeit eines ursprünglichen Begriffs des subjektiven Rechts nicht aus dem Auge zu verlieren und ihn nicht als einen bloßen, aus anderweitigen Norminhalten abgeleiteten Abstraktionsbegriff mißzuverstehen[23], raubt damit eben doch auch er ihm seine Eigenbedeutung. Das eigentlich Unbefriedigende an dieser Verkürzung wird dadurch noch deutlicher, daß die von ihm als Richtmaß postulierte Basisbeziehung mit ihren beiden Hauptelementen im Grunde genommen ganz am Bilde des "Anspruchs" ausgerichtet wird, bei dem sich Befugnis des einen und Verpflichtung des anderen Teils gegenüberstehen. Dies vermag auch die Betonung einer wechselseitigen Verschränkung von Recht und Rechtspflicht[24] nur unvollkommen zu verdecken. Entscheidend ist vielmehr, daß "Recht" und "Pflicht" schon von vornherein auf denselben Schultern ruhen, der Pflichtgedanke also ein normatives Moment des subjektiven Rechts selbst bildet und nicht erst der Substantiierung mittels eines gegen den subjektiv Berechtigten gerichteten Anspruchs bedarf. Damit entfällt umgekehrt auch der Zwang, das subjektive Recht seinerseits in die Anspruchbefugnis gegenüber einem Dritten hineinzuverlagern. Der Anspruch setzt hier vielmehr, und das ist namentlich auch Fikentscher entgegenzuhalten, das auf einem selbständigen Rechtsverhältnis zwischen Person und Gegenstand beruhende subjektive Recht als sein Fundament bereits voraus: Er ist nur dessen unselbständiger, klar von ihm zu unterscheidender Ausfluß. Zwar meint auch Larenz, die Normativität des subjektiven Rechts werde verkannt, wenn man sein Wesen allein in dem durch Ansprüche gewährleisteten Rechtsschutz erblicke[25]. Worauf seine Auffassung je-

21) So aaO § 18 I (212) unter Berufung auf Hubmann, Das Persönlichkeitsrecht (1953) 113/4.
22) aaO § 18 I (211 FN. 1).
23) aaO § 18 II a (217 FN. 3).
24) aaO §§ 5 I, 18 I und II.
25) aaO § 18 II a (216/7).

doch hinausläuft ist, und das hat er mit Bucher[26] gemein, eine bewußte Neubelebung der Erklärung des subjektiven Rechts mit einem Bündel von verhaltenen Ansprüchen gegenüber jedermann[27].

c) Die Unfruchtbarkeit dieser Lehre aber ist längst erwiesen[28]. Was sie genau besehen eigentlich zu leisten bestimmt ist, nämlich die normative Eigenbedeutung des subjektiven Rechts verständlich zu machen, wird durch sie gerade in unzulässiger Weise beschnitten und verdrängt. Ihr Grundfehler liegt darin, daß sie diese Normativität überhaupt erst in der Verpflichtung des Anspruchsgegners zu fassen bekommt, die der Anspruchsbefugnis des subjektiv Berechtigten gegenübersteht. Damit wird einmal nicht richtig gesehen, daß schon die das subjektive Recht konstituierende Zuweisung hier die Verhaltensnorm darstellt, und zwar eine Verhaltensnorm, die auch den Berechtigten selbst bindet. Zum andern und vor allem gelangt man auf diesem Wege zu einer falschen Verengung der Normativität des subjektiven Rechts auf die Verhaltensnorm allein: Falsch deshalb, weil die Zuweisung nicht nur als Verhaltenszuweisung eine solche Verhaltens- oder Bestimmungsnorm, sondern ebenso auch als Güterzuweisung eine Bewertungsnorm bildet. Rechtsverletzung ist nicht Anspruchsverletzung, wie vor allem Bucher wieder lehrt[29], verletzt wird vielmehr die das Recht begründende Zuweisung. Ebensowenig ist Rechtsausübung Normsetzung durch Anspruchserhebung, sondern Umgang mit der zugewiesenen Herrschaftsmacht über den Gegenstand. Nicht erst im Anspruch, sondern schon in der Zuweisung liegt die Norm. Und nicht allein, wenn und erst wenn sie als adressatgebundene Verhaltensnorm, sondern auch dann und erst dann, wenn sie als adressatlose Bewertungsnorm betroffen wird, geht aus dieser Zuweisung ein Anspruch hervor. Eine solche Anspruchsbefugnis wiederum hat freilich immer eine entsprechende Verpflichtung des Anspruchsgegners zu ihrem notwendigen Gegenstück. Damit wird die Norm zwar

---

26) Subjektives Recht 83 ff.
27) aaO § 18 I (211/2).
28) Statt aller übrigen: Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 222 II 1 und dort FN. 11.
29) Subjektives Recht 106 ff.

im Anspruch [illegible]bar, aber sie existiert nicht erst in ihm.

3. Die scharfe Scheidung von Verpflichtung eines Anspruchsgegners und Normativität des hier dem Anspruch als Grundlage vorgegebenen subjektiven Rechts, die allein erst den Blick auf die Doppelnatur dieser Normativität als Bewertungs- und Bestimmungsnorm freigibt, ist im Rahmen unserer Fragestellung von entscheidender Bedeutung: Ist die Deliktshaftung der Verhaltensnorm, hier der Verhaltenszuweisung zugeordnet, so ist es entsprechend die Bereicherungshaftung der in der Güterzuweisung ermittelten, rein zustandsbezogenen Bewertungsnorm. Das bleibt festzuhalten.

II. Eingriffsschutz.

Gehen wir nun beispielsweise davon aus, daß eine Sache ihrem Eigentümer gestohlen und später vom Dieb verwertet wird. Folgt man der herrschenden Betrachtungsweise, steht dem Berechtigten in einem solchen Fall, von deliktsrechtlichen Eingriffsansprüchen abgesehen, bis zur Verwertung die Vindikation und sodann die Eingriffskondiktion zu. Diese Sicht verzerrt jedoch das wahre Bild der Dinge. Denn schon die Vindikation selbst ist nichts anderes als eine Eingriffskondiktion, ja deren Ur- und praktischer Hauptfall.

1. Besondere Eingriffskondiktion (Vindikation) und deliktsrechtliche Eingriffsansprüche.

Dieser bisher zwar gemeinhin vernachlässigte, jedoch zumindest nicht völlig verkannte Systemzusammenhang[30] läßt sich ungeachtet der

30) Rechtsprechung und herrschende Lehre bezeichnen wenigstens die auf die Nutzungen bezogenen Nebenansprüche der Vindikation (§§ 987 ff. BGB) als erschöpfende Sonderregelung gegenüber dem "allgemeinen" (!) Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB); so etwa wieder BGHZ 41, 157 (162). Entscheidend ist aber, daß man auch hier nach Leistungs- und Eingriffskondiktion zu differenzieren hat. Zutreffend erklärt daher v. Caemmerer, Festschr. Boehmer 154 FN. 42, daß in den Fällen einer Eingriffsbereicherung die §§ 987 ff. die §§ 812 ff. verdrängen, während bei Sachverhalten einer Leistungsbereicherung die §§ 812 ff. die §§ 987 ff. ausschließen. Diese Auffassung wiederum läuft, worauf Raiser, Die Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen, JZ 1961, 529 (531 FN. 8) aufmerksam macht, konsequent zu Ende gedacht darauf hinaus, auch in der Vindikation selbst

Sonderstellung der Vindikation im Aufbau des Gesetzes nicht von der Hand weisen. Um das darzulegen, kommen wir nun wieder auf den Gedanken der Rechtsfortwirkung zurück und versuchen, ihm auch hier Raum zu geben.

1. Für den Besitzer stellt sich die erlangte Herrschaftsmacht über die Sache, das dem Eigentümer abhandengekommene Gut, als eine Bereicherung dar. Zum Überdauern ihrer normativen Natur gemäß die im Eigentumsrecht gelegene Zuweisung, hier die Güterzuweisung, auch die Verletzung des Rechts[31]. Zu dieser Güterzuweisung des verletzten Rechts des Eigentümers aber steht die Bereicherung des Besitzers im Widerspruch. Damit ist sie rechtsgrundlose Bereicherung. Dementsprechend erzeugt die Güterzuweisung mit dem Eingriff[32] eine Eingriffskondiktion, die auf diese, in dem verlorenen Zuweisungsgehalt des Rechts in seiner ursprünglichen Gestalt bestehende Bereicherung gerichtet ist: Die Vindikation als der Herausgabeanspruch aus dem Eigentum. Vermöge dieses Anspruchs wirkt das verletzte Eigentumsrecht seiner güterzuweisenden Bestimmung nach nunmehr fort. Grundlage des so entstandenen Rechtsfortwirkungsanspruchs ist also das Eigentum des Berechtigten, sein mit dem Eingriff ausgelöster Entstehungsgrund die Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung des Besitzers.

(§ 985 BGB) schon "eine Art Anwendungsfall der Eingriffskondiktion" zu sehen. Der modernen Vindikationstheorie muß dies um so näher liegen, als nicht mehr ernstlich bestritten wird, daß eine "Vindikationslage" ausschließlich bei unrechtmäßigem Besitz gegeben ist. Nach Lange, Verzugshaftung des Bereicherungsschuldners und des Besitzers, JZ 1964, 640 (642) gibt es neben § 985 keine Eingriffskondiktion auf den Besitz, da diese nicht weiter reichen kann als die Vindikation. Das ist richtig, aber die vermeintlich ausgeschlossene Eingriffskondiktion liegt in der Vindikation selbst.

31) Verletzt wird mit dem Recht die in ihm gelegene Zuweisung, hier die Güterzuweisung. Nicht verletzt dagegen wird der Gegenstand des Rechts und auch nicht - wie freilich oft gesagt wird - sein Zuweisungsgehalt. Wohl aber findet sich in der Bereicherung des Dritten der Zuweisungsgehalt des betroffenen Rechts substantiell wieder.

32) Aber nicht vor dem Eingriff: nicht also bestand der Anspruch etwa schon zuvor als "unbestimmter Anspruch gegen jedermann", der erst jetzt konkretisiert wird.

Die Verneinung dieses Anspruchs läßt die Normativität der Zuweisung in ihrer Funktion als Güterzuweisung in Erscheinung treten. Die Güterzuweisung aber, so wurde schon gesagt, appelliert nicht an das Verhalten eines Adressaten, sondern ist davon unabhängig einen Zustand als solchen zu gewährleisten bestimmt. Darum muß der Besitzer die vom Eigentümer verlorene Herrschaftsmacht über die Sache ebenso auch dann herausgeben, wenn er sie, statt sie sich selbst zu verschaffen, aus der Hand eines sonstigen Dritten oder auch des Eigentümers selbst, ja auch dann, wenn er sie ohne jedes menschliche Dazutun durch ein Naturereignis erlangt hat. Der Eigentümer kann gegenüber jedermann vindizieren, der ihm die Herrschaftsmacht über seine Sache entzieht oder vorenthält. Es macht keinen Unterschied, ob dieser sie gestohlen, vom Dieb, und sei es bestens Gewissens, käuflich erworben oder sogar vom Eigentümer selbst, wennschon nur durch ein Versehen, ausgefolgt erhalten hat, oder auch, ob er nur dadurch ihr Besitzer geworden ist, daß Wind oder Hochwasser sie auf sein Grundstück getragen haben. Das ist für die Vindikation nie zweifelhaft gewesen und hat sich heute auch in den entsprechenden Fällen einer Verwertung fremden Gutes, d. h. für die Eingriffskondiktion in dem dieser bisher allein zugelegten Sinne, sicher durchgesetzt. Nichts anderes ist es, wenn dort gesagt wird, die Eingriffskondiktion habe keinen rechtswidrigen Eingriff zur Voraussetzung[33].

Demnach erweist sich aber auch schon für die Vindikation, daß

33) Diese Einsicht zu gewinnen hat lange Zeit Schwierigkeiten bereitet. Vgl. insbesondere den Versuch von Schulz, System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909) 1 ff., alle Bereicherungsansprüche auf ein widerrechtliches Handeln zurückzuführen. Damit versagt der Bereicherungsanspruch jedoch immer dann, wenn es an der Widerrechtlichkeit des Handelns oder schon an einem Handelnden fehlt. Gegen Schulz und wie oben vor allem: Wilburg, Bereicherung 25 ff. und AcP 163, 348; v. Caemmerer, Fest chr. Rabel I 352/3; Larenz, Schuldrecht II § 62 I b; Esser, Schuldrecht § 187, 3. Anders jetzt wieder Jakobs, Eingriffserwerb, insbes. 23 ff., 41 ff., 67 ff.: weil Zuweisungsgehalt des subjektiven Rechts das dem Berechtigten ermöglichte Handeln sei, liege auch der Eingriffskondiktion ein widerrechtliches Handeln zugrunde. Aber schon die Prämisse ist unrichtig (oben Note 3), und deshalb bedarf es nicht erst der Lückenfüllung durch eine besondere Kondiktion wegen gesetzlicher Vermögensverschiebung, auf die Jakobs (aaO 164 ff.) in den auch von Schulz schon nicht erfaßten Fällen angewiesen ist.

man, will man kein Mißverständnis provozieren[34], von einer "Eingriffskondiktion" freilich nur reden kann, wenn man zugleich klarstellt, was "Eingriff" in diesem Zusammenhang bedeutet: "Eingriff" ist hier die von jedem menschlichen Verhalten gänzlich unabhängige, gegen oder doch ohne den Willen des Berechtigten erfolgte und wenn von diesem selbst, dann jedenfalls unbeabsichtigt bewirkte Auslösung der Bereicherung eines Dritten, in der sich der Zuweisungsgehalt des Rechts des Betroffenen wiederfindet und die im Widerspruch zu der in diesem Recht angelegten Güterzuweisung oder wenigstens zu deren fortbestehendem Zweck steht. Dieser Eingriff ist nicht als solcher und schon gar nicht wegen eines in der Mehrzahl der Fälle mit ihm verbundenen menschlichen Handelns oder Unterlassens, sondern allein im Hinblick auf den durch ihn eingetretenen Zustand rechtlich von Interesse. Im bereicherungsrechtlichen Sinne ist "Eingriff" also zustandsbezogen, objektiv zu verstehen. Oder anders ausgedrückt: weil die mit dem subjektiven Recht gegebene Güterzuweisung an den Berechtigten einen Zustand regelt, knüpft auch der dem Recht für den Fall einer Beeinträchtigung dieser Güterzuweisung in der Eingriffskondiktion verliehene, in der Funktion eines bereicherungsrechtlichen Eingriffsschutzes zum Zuge kommende Drittschutz wieder an einen Zustand, genauer an einen unrechtmäßigen Zustand an. Dieser Zustand besteht in der rechtsgrundlosen Bereicherung eines Dritten. Es gibt keinen rechtsgrundlosen Eingriff in der Form menschlichen Verhaltens (Handelns oder Unterlassens), sondern nur eine Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung im Sinne eines eingetretenen Zustandes (Erfolges). Rechtsgrundlosigkeit ist Zustandsunrecht.

Damit stoßen wir auf die vor allem seit der Entscheidung des Großen Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in BGHZ 24, 21 ff.[35] auch im Zivilrecht wieder stark in Bewegung geratenen Fragen der Unrechtslehre. Es ist nun nicht unsere Absicht, diese inzwischen umfänglich

34) Über diese Mißverständlichkeit etwa: Berg AcP 160, 519; Esser aaO §§ 187, 3; 195, 2 a.

35) BGH GSZ 1/56 vom 4. 3. 1957.

entfaltete Diskussion[36], die noch immer nicht zur Ruhe gekommen ist[37], hier noch ein weiteres Mal in ihrer ganzen Breite aufzurollen. Wir wollen statt dessen einen anderen Weg einschlagen und versuchen, aus dem inzwischen erreichten Stand der Auseinandersetzung ein Fazit in Form einer Arbeitshypothese zu ziehen, die es dann im weiteren Gang unserer Untersuchung im einzelnen zu verifizieren gilt. Halten wir zunächst den in unserem jetzigen Zusammenhang eigens ins Licht zu rückenden dogmengeschichtlichen Ausgangspunkt der Kontroverse fest: Jhering hat die "Entdeckung" der unrechtmäßigen Zustände, die ihn dann in seiner berühmten Abhandlung "Über das Schuldmoment im römischen Privatrecht" erstmals die Unterscheidung von objektivem Zustandsunrecht und subjektiv-personalem Verhaltensunrecht als selbständige Unrechtskategorien entwickeln ließ, gerade am Beispiel des der Vindikation unterworfenen und einem Dieb gegenübergestellten gutgläubigen Besitzers einer fremden Sache gemacht[38]. Erst in der Folgezeit ist unter dem dominierenden, von strafrechtsdogmatischem Gedankengut wesentlich unterstützten Einfluß der Imperativentheorie mit einer falschen Verengung der wissenschaftlichen Erörterung der Unrechtslehre auf das Feld allein des Deliktsrechts aus dieser Unterscheidung diejenige zwischen "objektiver Rechtswidrigkeit" oder auch kurz nur "Rechtswidrigkeit" einerseits und "subjektiver Rechtswidrigkeit" oder "Schuld" andererseits geworden. Die Auseinandersetzung mit dem auf Bewertungsnormen zugeschnittenen Begriff der Rechtsgrundlosigkeit des Bereicherungsrechts dagegen ist vernachlässigt geblieben. Das hat sich gerächt, denn nur so konnte es zu den noch immer nicht befriedigend gelösten Schwierigkeiten bei der Bestimmung auch des ausschließlich deliktsrechtlich erheblichen Unrechts kommen.

36) Zu nennen sind hier insbesondere die umfassenden Untersuchungen von Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt (1963) und neuerlich von Münzberg, Verhalten und Erfolg (oben Note 9); bei letzterem sind Schrifttum und Judikatur noch einmal erschöpfend nachgewiesen und aufgearbeitet.

37) Zuletzt wieder: Deutsch, Entwicklungstendenzen des Schadensrechts in Rechtsprechung und Wissenschaft, JuS 1967, 152 ff.; Nipperdey, Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände, NJW 1967, 1985 ff.; Larenz, Allgemeiner Teil § 6.

38) Über das Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867) 4 ff.

Diese Schwierigkeiten bestehen in ihrem Kern darin, daß man das Zustands- oder, weniger genau, das "Erfolgsunrecht" als eine eigenständige Erscheinungsform des Unrechts an sich nun einmal nicht leugnen kann. Ebensowenig aber kann dieses Zustandsunrecht mit Hilfe einer weiteren Differenzierung in den spezifischen Unrechtsbegriff gerade des Deliktsrechts einbezogen werden. Deliktsunrecht ist vielmehr - daran läßt sich mit der vor allem von Nipperdey[39], Wiethölter[40], Welzel[41] und Münzberg[42] getragenen modernen Auffassung nicht mehr ernstlich rütteln - immer und überall nur als "Handlungsunrecht" oder exakter als Verhaltensunrecht zu begreifen. Volle Klarheit hierüber setzt jedoch voraus, daß man noch weiter ausholt und auch die Bereicherungshaftung in das Blickfeld der Diskussion mit hereinnimmt. Denn dann erst ist auch der systematische Standort des Zustandsunrechts als spezifischer Unrechtsbegriff des und nur des Bereicherungsrechts wieder verläßlich fixiert. Anders ausgedrückt, ein für die Eingriffshaftung aus einem subjektiven Recht haftungsmäßig als solcher relevanter "Erfolg" ist nicht im Schaden des Betroffenen, sondern allein in dem in der Bereicherung eines Dritten bestehenden, der Güterzuweisung des Rechts des Betroffenen widersprechenden und daher rechtsgrundlosen Zustand zu sehen[43].

Die hier maßgebliche Unterscheidung darf also nicht innerhalb des Deliktsrechts gesucht werden. Maßgeblich ist vielmehr die auf der fundamentalen Zweispurigkeit des Unrechts basierende Unterscheidung zwischen der in Zustandsunrecht bestehenden Rechtsgrundlosigkeit

39) Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht, NJW 1957, 1777 ff.; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil §§ 209 ff.; jetzt wieder NJW 1967, 1985 ff. (oben Note 37).
40) Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens (1960).
41) Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte (1961).
42) oben Note 9 und 36.
43) Demgegenüber taucht beispielsweise noch im Sachregister der umfangreichen Untersuchung von Münzberg, in der Verhalten und (!) "Erfolg" als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung untersucht werden (oben Note 9), der Begriff der Rechtsgrundlosigkeit überhaupt nicht auf.

des Bereicherungsrechts auf der einen und der auf ein unrechtmäßiges Verhalten, d. h. Handeln oder Unterlassen bezogenen Rechtswidrigkeit des Deliktsrechts auf der anderen Seite. Diese Unterscheidung wird denn auch vor allem von Esser[44] und Fikentscher[45] zu Recht betont. Wir haben nur hinzuzufügen, daß auch die von Jhering schon gleich zu Anfang bemühte Vindikationshaftung eine Bereicherungshaftung bildet. Im übrigen kommt es darauf an, auch hierüber hinaus diesen Dualismus von Zustands- und Verhaltensunrecht noch vollständiger und entschiedener im Gesamtgefüge der zivilrechtlichen Haftung dogmatisch herauszuarbeiten.

2. Systematisch gesehen ist somit der Herausgabeanspruch des § 985 BGB eine allein aus historischen Gründen und ohne sachlichen Unterschied im übrigen für das Eigentumsrecht aus dem Mutterboden des § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB herausgelöster Anspruch wegen"auf Kosten" des Eigentümers "in sonstiger Weise" erlangter Bereicherung, der unter dem Gesichtspunkt der Spezialität als besondere Eingriffskondiktion die allgemeine Eingriffskondiktion verdrängt.

In einem wesentlichen Punkt bedarf diese Feststellung freilich noch einer weiteren Verdeutlichung. Wenn in den Fällen der Verwertung fremden Gutes üblicherweise von einer "Fortwirkung des Rechts in der Eingriffskondiktion" gesprochen wird, so hat man dabei im Auge, daß das diesen Anspruch erzeugende Recht selbst mit seiner Verletzung verloren- und [illegible]. Auch die Vindikation als einen Rechtsfortwirkungsanspruch zu bezeichnen erscheint dann aber zunächst widersinnig. Denn hier geht ja das Eigentumsrecht mit seiner Verletzung gerade weder verloren noch unter, um nur noch "in schuldrechtlicher Gestalt fortzuleben"[46], sondern bleibt nach wie vor als Herrschaftsrecht an der Sache bestehen. Nicht nur der Zweck der Zuweisung, sondern auch die Zuweisung selbst und mit ihr das Eigentumsrecht als solches vermögen die Verletzung des Rechts zu überdauern.

44) Schuldrecht §§ 53, 1 a; 187, 3.

45) Schuldrecht § 97 II 2, insbes. unter a.

46) Wilburg, Bereicherung 29.

Die Redeweise von der "Fortwirkung des subjektiven Rechts in einem Anspruch" ist indes ungenau. Der Fortwirkungsanspruch stellt nur einen bloßen Ausfluß des subjektiven Rechts dar. Ein solches subjektives Recht selbst wirkt nur wieder in einem subjektiven Recht und nicht in einem Anspruch fort. Wohl aber ist hierzu ein Rechtsfortwirkungsanspruch erforderlich.

Betrachten wir das näher: Wenn und solange dem Eigentümer die Herrschaftsmacht über die Sache von einem dritten Besitzer entzogen oder vorenthalten wird, steht ihm der in dieser Sachherrschaft liegende ursprüngliche Zuweisungsgehalt seines fortbestehenden Rechts nicht länger zu Gebot. Er steht sich insofern nicht anders, als wenn die Sache für einen Dritten verwertet worden ist und darum selbst und mit ihr auch das Eigentumsrecht an der Sache zu bestehen aufgehört hat. Konstant bleibt in der Vindikationslage allein die Zuweisung der Herrschaftsmacht über die Sache und mit ihr die Natur des Eigentums als Herrschaftsrecht an der Sache; der Zuweisungsgehalt des Rechts dagegen ist verlorengegangen. Daß nun das Eigentumsrecht hier trotz seiner Verletzung und ihrer Folgen nach wie vor als dasselbe Herrschaftsrecht an der Sache überhaupt aufrechterhalten werden kann, beruht allein auf der aus der Zuweisung in deren Funktion als Güterzuweisung hervorgegangenen, auf die Herausgabe der verlorenen Herrschaftsmacht über die Sache zielenden Vindikation: Nur dieser Anspruch ermöglicht es, daß das Eigentumsrecht auch in der Vindikationslage, und zwar als dasselbe subjektive Recht fortwirkt, bis es mit der Ausübung der Vindikation, um mit Heck[47]) zu sprechen, wieder "verwirklicht" wird. Den in der Vindikation liegenden, besonderen bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch als einen "Rechtsfortwirkungsanspruch" zu bezeichnen rechtfertigt sich somit zwar nicht, weil das Recht "in" einem solchen Anspruch, wohl aber, weil es nur "vermöge" eines solchen Anspruchs weiterbesteht.

---

47) Grundriß des Sachenrechts (1930) § 66, 2.

Aber auch bei der durch eine Verwertung der Sache ausgelösten Eingriffskondiktion des allgemeinen Bereicherungsrechts ist die Bedeutung der Rechtsfortwirkung in Wahrheit keine andere. Auch diese Eingriffskondiktion ist ebensowenig wie die Vindikation ein isolierter Anspruch. Sie bildet vielmehr den Gegenstand eines selbständigen Herrschaftsrechts in Gestalt eines subjektiven Forderungsrechts, das an die Stelle des untergegangenen Herrschaftsrechts an der Sache getreten ist: Denn auch ein Forderungsrecht ist, wie freilich noch weiter zu erhärten sein wird, nichts anderes als ein solches Herrschaftsrecht an einem Anspruch. Wiederum wirkt also das verletzte Recht nicht "in" dem Fortwirkungsanspruch, wohl aber nur "vermöge" dieses und eben darum auch treffend so bezeichneten Fortwirkungsanspruchs in einem subjektiven Recht fort, und zwar hier nun in einem neuen Recht. Dient der Fortwirkungsanspruch in der Vindikationslage dazu, das ursprüngliche Eigentumsrecht aufrechtzuerhalten, ermöglicht er hier die Entstehung eines das Eigentumsrecht ersetzenden Forderungsrechts, das ihn zu seinem Gegenstand hat.

Was die beiden Fälle klar unterscheidet, ist somit, daß das Eigentumsrecht auch in der Vindikationslage Herrschaftsrecht an der Sache bleibt, während das Forderungsrecht im Herrschaftsrecht an einem Anspruch aufgeht. Das findet seine Erklärung darin, daß das fortbestehende Eigentumsrecht seinen verlorenen ursprünglichen Zuweisungsgehalt zurückerlangen kann, während eine Rückverwandlung des Forderungsrechts in das untergegangene Eigentumsrecht ausscheidet. Ob aber das verletzte Eigentumsrecht Eigentumsrecht bleibt oder durch ein an seine Stelle tretendes Forderungsrecht ersetzt wird, beidemal wird diese Fortwirkung allein durch einen aus der Güterzuweisung hervorgegangenen bereicherungsrechtlichen Fortwirkungsanspruch ermöglicht. Es zeigt sich also, daß die Eigenart der Vindikation als besonderer Eingriffskondiktion gegenüber der allgemeinen Eingriffskondiktion wegen Verwertung der Sache dem an der letzteren entwickelten Prinzip der Rechtsfortwirkung nicht widerspricht.

3. In unseren Fällen der Verletzung des Eigentumsrechts im Wege der Entziehung oder Vorenthaltung der Sachherrschaft durch einen Dritten kommen außer dem in der Vindikation gegebenen bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch als weitere Eingriffsansprüche aus dem Eigentum auch die Deliktsansprüche der §§ 823 Abs.1, 687 Abs. 2 BGB in Betracht. Diese im Rahmen des Schadensersatzes wiederum auf Herausgabe der Herrschaftsmacht über die Sache gerichteten Ansprüche gehören ebenfalls zum Drittschutz des Rechts, und zwar hier nun in dessen Funktion als deliktsrechtlicher Eingriffsschutz. In unserem Zusammenhang sind sie vor allem im Hinblick auf die ihnen gegenüber zu ziehende Abgrenzung zur Bereicherungshaftung von Belang.

Hier wird durch die Verletzung des Rechts die in ihm liegende Zuweisung nicht als Güter-, sondern als Verhaltenszuweisung getroffen. Ihrer Normativität entsprechend überdauert die Zuweisung trotz des Verlusts des Zuweisungsgehalts auch als solche Verhaltenszuweisung die Verletzung des Rechts und läßt dieses als Herrschaftsrecht an der Sache fortbestehen. Diese Fortwirkung des Rechts wiederum kommt vermöge der mit dem Eingriff[48] aus der Verhaltenszuweisung hervorgegangenen, die Normativität der Zuweisung sichtbar machenden Deliktsansprüche zustande, die um der ihnen damit zukommenden Aufgabe willen auch hier "Rechtsfortwirkungsansprüche" darstellen. Dabei hat die deliktsrechtliche Haftung, die nicht die Bereicherung eines Dritten, sondern den Schaden des Verletzten ausgleichen soll, als von der Verhaltenszuweisung erzeugte Haftung einen in menschlichem Verhalten verwirklichten Eingriff zur Voraussetzung. Die Bereicherung des Verletzers dagegen bleibt außer Betracht.

Demgemäß ist "Eingriff" im Sinne des Deliktsrechts nicht schon jede Auslösung eines Schadens, sondern nur ein gegen oder jedenfalls ohne den Willen des Berechtigten vollzogenes rechtswidriges Verhalten eines Dritten: Nämlich ein der Verhaltenszuweisung des verletz-

48) Und nicht schon vor dem Eingriff: dazu wieder oben Note 32.

ten Rechts des Eigentümers widersprechendes, weil den Schaden verursachendes und vorwerfbares Handeln oder Unterlassen. Der "Eingriff" ist hier also verhaltensbezogen, subjektiv zu verstehen. Er ist nicht wegen einer durch ihn bewirkten Einbuße des Verletzten als solcher, sondern allein wegen des in ihm gelegenen rechtswidrigen Verhaltens des Dritten rechtlich überhaupt erst von Bedeutung. Insofern aber kommt es, anders als für den objektiven Eingriff im Sinne der Bereicherungshaftung, auf ihn um seiner selbst willen an. Oder mit anderen Worten: Weil die Verhaltenszuweisung an das Verhalten von Adressaten appelliert, knüpfen auch die bei ihrer Beeinträchtigung aus der Grundlage des Eigentumsrechts hervorgehenden deliktsrechtlichen Fortwirkungsansprüche wieder an ein Verhalten, nämlich das unrechtmäßige Verhalten des Verletzers an. Die Rechtswidrigkeit als der Entstehungsgrund dieser Ansprüche liegt im Widerspruch des Verhaltens eines Dritten zur Verhaltenszuweisung des Rechts des Verletzten. Das gilt nicht nur für den Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB, sondern gerade auch für den Anspruch wegen Geschäftsanmaßung nach § 687 Abs. 2 BGB. Denn auch er knüpft an ein der Verhaltenszuweisung eines subjektiven Rechts widersprechendes, da eine Einbuße des Berechtigten bewirkendes vorsätzliches Handeln des Verletzers an; in dem vom Verletzer erlangten, herauszugebenden Vorteil wird ein zu ersetzender Schaden des Verletzten pauschaliert. Auch dieser Anspruch ist systematisch betrachtet also ein Deliktsanspruch[49]. Es gibt daher keinen rechtswidrigen Zustand oder Erfolg, sondern nur einen rechtswidrigen Eingriff, eine Rechtswidrigkeit des Verhaltens (Handelns oder Unterlassens). Rechtswidrigkeit ist Verhaltensunrecht.

Hiermit kommen wir wieder auf unsere, auf der Grundlage der Zweispurigkeit des haftungsrelevanten Unrechts konzipierte Arbeitshypothese zurück, die wir jetzt zunächst noch weiter zu vervollständigen haben. So viel hat nun die Erörterung dieser Unrechtsfragen[50] inzwischen doch wohl erwiesen: Die Dreiteilung des Deliktsrechts

49) Dazu treffend insbesondere v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 360.

50) Wegen der Nachweise siehe oben Note 36 und 37.

tatbestandes nach "Tatbestandsmäßigkeit", (objektiver) "Rechtswidrigkeit" und "Schuld" (subjektiver Rechtswidrigkeit) mag der rechtstechnischen Aufgliederung des Sachverhalts und der Verteilung der Beweislast dienlich sein. Seit BGHZ 24, 21 ff. ist freilich auch das fragwürdig geworden, doch soll uns das hier nicht weiter beschäftigen. Jedenfalls aber lassen sich aus diesen Abstufungen keine auch streng genommen dogmatisch selbständige Kategorien bilden. Die Unterscheidung zwischen "objektiver" und "subjektiver" Rechtswidrigkeit ist, so wurde bereits gesagt, historisch aus einer Abfälschung der mißverstandenen Unterscheidung von objektivem Zustandsunrecht oder Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherungshaftung und subjektiv-personalem Verhaltensunrecht oder Rechtswidrigkeit des Deliktsrechts hervorgegangen. Daß man damit im Deliktsrecht eine Differenzierung sucht, die sich hier in Wahrheit überhaupt nicht finden läßt, zeigt die ganze Mühsal der Versuche einer Abgrenzung von "objektiver" und "subjektiver" Fahrlässigkeit zur Genüge. Ebenso ist weiter aber auch kaum mehr daran zu zweifeln, daß es eine dogmatische Grenzscheide zwischen "Tatbestandsmäßigkeit" und "objektiver Rechtswidrigkeit" in Wirklichkeit gleichfalls nicht gibt. Das Ziel einer materiellen "Indikation" des Unrechts mit Hilfe der "Tatbestandsmäßigkeit an sich" hat sich auch im Bereich des § 823 Abs.1 BGB längst als eine Illusion herausgestellt.

Die damit umrissene Fehlentwicklung dürfte nur unter erheblichen Schwierigkeiten wieder zu korrigieren sein. Und doch wird man um diese Konsequenz letztlich nicht herumkommen. Denn wo auch die moderne Diskussion die Fragen der deliktsrechtlichen Schadenszurechnung anschneidet, eines ergibt sich nur immer wieder neu: Diese Schadenszurechnung bildet bis in die letzten Einzelprobleme hinein einen durch Verhaltensnormen in sich völlig kohärent verfugten funktionellen Zusammenhang, aus dem sich auch nicht ein einziges Glied unter Vernachlässigung der es überformenden normativen Gesamtstruktur herausbrechen läßt. Greifen wir nur die wichtigsten Einzelfragen heraus: Unter diesem Vorzeichen kann weder ein kausaler noch ein finaler Handlungsbegriff, sondern allein ein Begriff des pflichtwidrigen Verhaltens weiterführen, das Handeln und Unter-

lassen gleichermaßen einschließt. Unter demselben Zeichen hat sich die Normativierung von Verursachung und Schaden mit insbesondere der Lehre der Adäquanz und des Rechtswidrigkeitszusammenhangs vollzogen und vollzieht sie sich weiter. Unter demselben Zeichen verschwindet, wie schon berührt, allmählich auch wieder der unorganische Bruch zwischen vermeintlich "objektiver" und "subjektiver" Rechtswidrigkeit oder schlicht "Rechtswidrigkeit" und "Schuld". Und immer noch unter demselben Zeichen steht schließlich etwa auch die in § 255 a BGB des Entwurfs zur Neufassung des Schadensrechts[51] vorgesehene Auflockerung des sogenannten Alles-oder-Nichtsprinzips, in der nunmehr auch die Konnexität von Vorwerfbarkeit und Schadensumfang zur Geltung kommt. Dieser funktionelle Zusammenhang der Schadenszurechnung läßt sich nicht durch die künstliche Dreiteilung des Deliktstatbestandes auseinanderreißen. Jedenfalls im, wie gesagt, strikt dogmatischen Sinne gibt es weder ein nur "an sich tatbestandsmäßiges", jedoch nicht zugleich auch rechtswidriges, und auch kein "tatbestandsmäßiges" und "objektiv", jedoch nicht zugleich auch "subjektiv" rechtswidriges Verhalten, sondern nur und allein ein rechtswidriges Verhalten.

Nur wenn man den Deliktstatbestand, gleichviel ob Begehungs- oder Unterlassungstat, ob Vorsatz- oder Fahrlässigkeitstat, in dieser seiner Gesamtheit als von einer durchgängig als Verhaltensunrecht zu bestimmenden Rechtswidrigkeit in sich schlüssig verbunden betrachtet, lassen sich die Einbruchstellen eines deliktsfremden Zustandsunrechts sicher abriegeln: Nur dann ist man gegen die Gefahr gefeit, die Rechtswidrigkeit der Deliktshaftung mit der in Zustandsunrecht bestehenden Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherungshaftung zu vermengen und vor allem den Schaden des Verletzten statt allein die Bereicherung eines Dritten, den rechtsgrundlosen Zustand, für einen schon als solchen haftungserheblichen "Erfolg" zu halten. Das ist der Grund, weshalb wir hier und im folgenden unter dem rechtswidrigen Verhalten eines Dritten immer ein der Verhaltenszuweisung

51) Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften; Bundesministerium der Justiz (Januar 1967).

des verletzten Rechts des Betroffenen widersprechendes, weil den Schaden verursachendes und vorwerfbares (vorsätzliches oder fahrlässiges) Verhalten (Handeln oder Unterlassen) verstehen[52].

2. Allgemeine Eingriffskondiktion und deliktsrechtliche Eingriffsansprüche.

Die unter Einbuße der Herrschaftsmacht über die Sache eingetretene Verletzung des Eigentumsrec-hts muß nicht zur Folge haben, daß der Berechtigte die Sachherrschaft an einen Dritten verliert. Die Sache und das an ihr bestehende Recht können statt dessen auch untergehen. Die Fälle, in denen dabei wiederum der Wert der Sache verwertungsweise freigesetzt wird und nicht dem Berechtigten, sondern einem Dritten zufällt, haben wir in ihrer Gegenüberstellung zur Vindikation schon angeschnitten.

1. Hier[53] wird ein bereicherungsrechtlicher Rechtsfortwirkungsanspruch, ein Anspruch wegen "auf Kosten" des Eigentums und damit des Eigentümers "in sonstiger Weise" erlangter Bereicherung ausgelöst. Die einschlägigen Sachverhalte haben es mit dem Verbrauch, der Verbindung, der Vermischung oder der Verarbeitung der Sache zu tun. Ihre Entstehung setzt, wie bereits hervorgehoben, keinen verhaltensbezogen-subjektiven Eingriff eines Dritten im deliktsrechtlichen, sondern einen rein zustandsbezogen-objektiven Eingriff im bereicherungsrechtlichen Sinne voraus[54].

Regelmäßig wird es der Bereicherte selbst sein, der die Verwertung vorgenommen hat. Aber notwendig ist das nicht. Auch ein an-

52) Nicht weiter nachzugehen ist hier dem Unterlassungsanspruch (§ 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB), der eine wichtige Ergänzung sowohl des bereicherungs- als auch des deliktsrechtlichen Eingriffsschutzes der (Güter- und Verhaltens-)Zuweisung bildet und bei Zustands- oder Verhaltensunrecht ansetzt.

53) Nicht gemeint sind im folgenden die Fälle, wo die Eingriffskondiktion erst kraft Surrogation aus der zuvor schon gegebenen Vindikation hervorgeht, sondern wo eine Eingriffskondiktion erstmals entsteht.

54) Oben zu Note 33 und 34.

derer, der dann allerdings unabsichtlich handelnde Eigentümer nicht ausgenommen, kann die Bereicherung dem Dritten verschafft haben. Mehr noch, ein solcher Verwertungseingriff kann gegeben sein, ohne daß überhaupt ein Mensch tätig dazwischengetreten wäre. Gleichviel, ob der Hersteller mit ihm nicht gehörigem Material produziert, ob der Bauunternehmer für das vom Grundstückseigentümer in Auftrag gegebene Haus Steine verwendet, die ein anderer Unternehmer nur versehentlich auf seiner statt auf der eigenen Baustelle abgeladen hatte, ob der Hausmeister - so ein Schulbeispiel - die Zentralheizung, ohne es zu merken, aus seinem eigenen Kohlenvorrat beschickt, oder auch - dies ein weiterer Schulfall - ob das verirrte Milchvieh die Weide des Nachbarn kahlfrißt: Stets hat der hierdurch Begünstigte die erlangte, im Wert der untergegangenen Sache bestehende Bereicherung dem bisherigen Eigentümer, dem dieses Gut abhandengekommen ist, wieder zu ersetzen[55].

Denn das war der an diesen Fällen ausgebildete Grundgedanke bereicherungsrechtlicher Rechtsfortwirkung: Der Zweck der im Sach-

55) Nicht nur bei Verbrauch, sondern auch bei Verbindung, Vermischung und Verarbeitung geht - jedenfalls als im Rechtssinne selbständiger Gegenstand - die Sache und damit auch das an ihr bestehende Eigentum unter. Auch dann leitet daher der Dritte mit der Verwertung vom bisherigen Eigentümer nicht die Herrschaftsmacht über diese Sache ab, sondern den Wert der Sache. Dieser abgeleitete Wert wiederum ist von der berechtigten Herrschaftsmacht über die einheitliche Gesamtsache bzw. die neue Sache, dem unabgeleiteten Eigentum an einer solchen Sache, zu unterscheiden. § 951 Abs. 1 BGB besagt nicht, daß dem Alteigentümer ein Bereicherungszugriff auf den Neueigentümer eigens erst eröffnet wird, obwohl die Neuordnung der Sachzuweisung durch §§ 946 ff. BGB dies an sich ausschließen würde (so aber Westermann, Sachenrecht § 54, 1), sondern hat nur klarstellende Bedeutung. Diese Klarstellung bezieht sich entgegen der h. M. (BGHZ 10, 171 (179); Baur/ M. Wolf JuS 1966, 394 FN. 5 m.w.Nachw.) jedoch nicht darauf, daß die Verwirklichung des formellen Ordnungsprinzips der §§ 946 ff. noch der materiellen Kontrolle durch das Bereicherungsrecht bedarf. Sie bringt vielmehr allein zum Ausdruck, daß die originäre neue Eigentumslage und der bei deren Entstehung durch den Neueigentümer vom Alteigentümer derivativ erlangte Wert auseinanderzuhalten sind, und kein Anlaß besteht, bezüglich des letzteren von der normalen Bereicherungshaftung abzugehen. Dies allein ist es, weshalb in § 951 Abs. 1 Satz 1 mit Recht heute so gut wie einhellig (Westermann aaO; Baur/M. Wolf aaO 393/4 und BGHZ 41, 157 (159); je m.w.Nachw.) eine Verweisung schon auf die Voraussetzungen, nicht erst die Folgen der Bereicherungshaftung geschehen wird.

herrschaftsrecht des Eigentümers liegenden Zuweisung, hier der Güterzuweisung, überdauert deren normativer Wirkung gemäß das mit der Verletzung verloren- und untergegangene Recht und läßt dieses vermöge einer Eingriffskondiktion fortwirken. Dabei setzt die Haftung des Dritten bei einem in seiner Bereicherung liegenden rechtsgrundlosen, weil dem Zweck der Güterzuweisung des verletzten Rechts des Eigentümers widersprechenden Zustand an. Ihrem Inhalt nach ist diese Bereicherung hier der Wert der Sache, in den sich der verlorene, in der Herrschaftsmacht über die Sache bestehende Zuweisungsgehalt des Rechts umgesetzt hat. Aber mit der herrschenden Ansicht darum in der Eingriffskondiktion immer nur einen solchen "Wertfolgeanspruch"[56] zu sehen, ist zu eng. Das hat sich an der Vindikation gezeigt.

2. Richtig ist allein soviel, daß in dem hier behandelten, mit dem Eingriff von der Güterzuweisung des Rechts erzeugten Wertersatzanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 i.V.m. § 818 Abs. 2 Fall 1 BGB nunmehr auch für das Eigentumsrecht die allgemeine Eingriffskondiktion zur Anwendung kommt[57]. Dieser Bereich des Eigentumsschutzes wird also im Aufbau des Gesetzes nicht in das Sachenrecht, sondern in das Schuldrecht einbezogen.

Der die moderne Auffassung insoweit bestätigenden Erklärung dieser Eingriffskondiktion mit der Fortwirkung des verletzten Rechts tut das jedoch keinen Abbruch. Das gilt auch gegenüber Esser[58], der aus der Stellung dieses Anspruchs im Gesetz folgern möchte, der Gedanke einer solchen Rechtsfortwirkung oder, wie er auch sagt, die Vorstellung einer "schuldrechtlichen Nachwirkung des Vermögensrechts" sei nicht zu halten. Es handle sich hier vielmehr um die selbständige schuldrechtliche Nachprüfung der Plangemäßheit eines einzelnen

56) Diesen Begriff bildet Wiedemann, Mitgliedschaftsrechte 16.

57) Diese Vorschriften gelten unmittelbar für alle Verwertungsfälle: Nicht nur bei Verbrauch, sondern trotz der Sondervorschrift des § 951 Abs. 1 BGB auch bei Verbindung, Vermischung und Verarbeitung der Sache. Denn auch insoweit wird schon auf die Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs verwiesen (oben Note 55).

58) Schuldrecht § 188, 1.

Übergangsaktes. Andernfalls hätte der Gesetzgeber diesen Anspruch korrekt in das Sachenrecht einordnen müssen. Wenn wir dem nicht folgen können, so einfach deshalb, weil sich die vom Gesetzgeber getroffene Einordnung eines Anspruchs gegen das erst später gewonnene, vertiefte Verständnis von dessen dogmatischer Natur nicht ins Feld führen läßt[59].

Aber vergleichen wir gerade darum noch einmal die "schuldrechtliche", allgemeine Eingriffskondiktion mit der besonderen Eingriffskondiktion, wie sie in der Vindikation als dem "sachenrechtlichen" Anspruch par excellence zu finden ist: Beidemal hat der Anspruch sein Fundament in demselben Eigentumsrecht und seinen Entstehungsgrund in derselben Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung eines Dritten. Wie schon dargelegt, entsteht mit dem Verwertungseingriff eine Eingriffskondiktion, vermöge deren das untergegangene Eigentumsrecht in einem neuen, an seine Stelle getretenen subjektiven Recht fortwirkt, nämlich in dem in einem Herrschaftsrecht an diesem Anspruch bestehenden Forderungsrecht. Die Entziehung oder Vorenthaltung der Herrschaftsmacht über die Sache löst demgegenüber in Gestalt der Vindikation eine Eingriffskondiktion aus, vermöge deren das Eigentumsrecht ungeachtet des Zuweisungsgehaltsverlusts als nach wie vor das gleiche subjektive Sachherrschaftsrecht fortwirkt. Das Prinzip der Rechtsfortwirkung aber ist in beiden Fällen dasselbe.

---

59) Letzten Endes dürften auch Essers Bedenken (die nicht widerspruchsfrei vorgetragen werden; vgl. aaO § 188, 1 einerseits, § 195, 2 b andererseits) nicht in diesen systematischen Erwägungen liegen; dazu oben Seite 24/5. Im übrigen bezweifelt auch er den Rechtsfortwirkungscharakter der in §§ 987 ff. BGB genannten Nutzungsansprüche nicht, an denen schon Wilburg (Bereicherung 29/30) die bereicherungsrechtliche Fortwirkung des Eigentums im besonderen aufgezeigt hat. Denn hier stünden die Ansprüche ungeachtet ihrer "schuldrechtlichen Natur" im Sachenrecht (aaO § 188, 1). Dieser formale Standpunkt überzeugt nicht. Die in einem Gebrauch liegende Nutzung der Sache ist nichts anderes als deren teilweiser Verbrauch. Dann läßt sich die Fortwirkung des Eigentums auch bei vollständiger Verwertung der Sache nicht deshalb leugnen, weil die hierfür einschlägigen Ansprüche statt im Sachen- im Schuldrecht aufgeführt sind.

3. Auch in den hier behandelten Fällen des Verwertungseingriffs ist, wenigstens für die gebotene Abgrenzung zur Bereicherungshaftung, zusätzlich noch auf die einen Wertersatz einschließenden, deliktsrechtlichen Schadensersatzansprüche der §§ 823 Abs. 1, 687 Abs. 2 BGB einzugehen. Diese ebenfalls im Eigentum wurzelnden Eingriffsansprüche ergänzen den Drittschutz des Rechts in dessen Funktion als bereicherungsrechtlicher Eingriffsschutz mit der Wertersatzkondiktion durch einen deliktsrechtlichen Eingriffsschutz.

Auf die Eingriffsbereicherung des Dritten kommt es insoweit nicht an. Anders als die Bereicherungshaftung werden die deliktsrechtlichen Eingriffsansprüche nicht mit der Beeinträchtigung der Güterzuweisung, sondern der Verhaltenszuweisung des Rechts ausgelöst. Hierzu bedarf es des subjektiven Eingriffs eines Dritten. Es wird also an dessen rechtswidriges Verhalten angeknüpft: nämlich an ein der Verhaltenszuweisung widersprechendes, weil den mit dem Untergang des Rechts und dem Verlust des Zuweisungsgehalts verbundenen Schaden des Berechtigten bewirkendes und vorwerfbares Handeln oder Unterlassen. Auch hier wieder überdauert ihrer normativen Natur gemäß die Zuweisung, und zwar als Verhaltenszuweisung, ihrem Zweck nach das mit der Verletzung verloren- und untergegangene Recht. Dieses Recht wirkt nunmehr vermöge aus der Verhaltenszuweisung hervorgegangener Deliktsansprüche in einem an seine Stelle rückenden, neu entstehenden Forderungsrecht fort, dessen Gegenstand die eben darum als "Fortwirkungsansprüche" zu bezeichnenden Deliktsansprüche bilden.

Insoweit ist nun auch schon nach den Vorstellungen des Gesetzgebers der Eigentumsschutz in das Schuldrecht verlagert worden. Das kann aber hier so wenig wie bei der allgemeinen Eingriffskondiktion der Erklärung der Ansprüche mit der Fortwirkung des verletzten Rechts entgegengehalten werden. Auch diese "gesetzlichen" Eingriffsansprüche des Deliktsrechts haben ihre Grundlage im Eigentumsrecht. Ihr davon zu unterscheidender Entstehungsgrund liegt in der Rechtswidrigkeit des Verhaltens eines Dritten. Auch sie sind wiederum Ausdruck der im Eigentumsrecht selbst angelegten Normativität.

3. Haftungseinheit von bereicherungs- und deliktsrechtlichem Eingriffsschutz.

Bereicherungs- und deliktsrechtlicher Eingriffsschutz des subjektiven Rechts - hier des Eigentumsrechts - können, aber müssen natürlich nicht zusammenfallen. Fehlt es am rechtswidrigen Verhalten eines möglichen Verletzers oder, wie bei den auf einen Naturvorgang zurückgehenden Bereicherungsfällen, überhaupt schon von vornherein an einem Verletzer, kann allein noch die bei einem rechtsgrundlosen, in der Bereicherung eines Dritten gelegenen Zustand ansetzende Bereicherungshaftung in Betracht kommen. Wo die Verletzung des Rechts, wie bei der bloßen Vernichtung einer Sache, keinen in solcher Weise faßbaren unrechtmäßigen Zustand zur Folge hat, kann es allein noch eine an das unrechtmäßige Verhalten eines Dritten anknüpfende Deliktshaftung geben. Wenn und soweit jedoch beide Formen der Haftung gleichzeitig zum Zuge kommen, stellt sich die hier noch kurz zu erörternde Frage nach dem Verhältnis dieser Eingriffsansprüche untereinander. Dasselbe gilt für die beiden deliktsrechtlichen Eingriffsansprüche unter sich.

Gemäß noch herrschender, aber inzwischen stark angefochtener Auffassung sind mehrere nach ihren spezifischen Voraussetzungen selbständig begründete, jedoch in ihrem Ziel inhaltlich in eins fallende Einzelansprüche als rechtlich gesehen grundsätzlich völlig unabhängig voneinander zu behandeln. Das ist insbesondere für ihre Geltendmachung, ihren Übergang auf einen Dritten und ihre Verjährung bedeutsam. Was sie angesichts solcher Anspruchskonkurrenz[60] allein noch verbindet, ist nicht mehr als die sachliche Erledigung aller

60) Diese Auffassung ist vor allem am Verhältnis von "vertraglicher" und "deliktischer" Schadensersatzhaftung, wennschon nicht nur für dieses, ausgebildet worden und entspricht seit der Grundsatzentscheidung des Reichsgerichts in RGZ 88, 433 ff. ständiger Praxis; vgl. etwa BGHZ 9, 301 (302); 24, 188(191)Aus dem Schrifttum insbesondere: Dietz, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt (1934) 125 ff.; derselbe, Das Problem der Konkurrenz von Schadensersatzansprüchen bei Vertragsverletzung und Delikt, Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung (1962) 181 ff.; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 228 III 2; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 232.

Ansprüche durch die Befriedigung auch nur eines von ihnen. Nun können sich, wie wir gesehen haben, die Haftung mit der Eingriffskondiktion (§ 985, § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 i.V. m. § 818 Abs. 2 Fall 1 BGB) und die deliktsrechtliche Eingriffshaftung wenigstens insoweit in ihrem Ziel decken, als der Schadensersatz die Herausgabe oder den Wertersatz einschließt. Ebenso hat sich gezeigt, daß auch der mit dem gewöhnlichen Deliktsanspruch (§ 823 Abs. 1 BGB) zu fordernde und der mit dem besonderen deliktsrechtlichen Geschäftsanmaßungsanspruch (§ 687 Abs. 2 BGB) über eine Vorteilsherausgabe seitens des Verletzers bewerkstelligte, pauschalierte Schadensersatz sich inhaltlich decken können. Jedenfalls auf diese Fälle aber kann man die Grundsätze der herrschenden Meinung nicht anwenden. Das verletzte subjektive Recht, so war festzustellen, wirkt nicht in den Eingriffsansprüchen, sondern vermöge dieser Ansprüche in einem subjektiven Recht fort, und zwar entweder als dasselbe, verletzte Recht oder aber in einem dieses ersetzenden Forderungsrecht. Vor allem aber gilt: Es wirkt nur in einem subjektiven Recht fort. Eingriffsschutz des Rechts kann nicht Rechtsvervielfältigung bedeuten. Damit aber läßt sich die Vorstellung einer freien Konkurrenz der verschiedenen mit der Verletzung des Rechts gleichzeitig ausgelösten Eingriffsansprüche nicht vereinbaren.

Zumindest insoweit kann vielmehr nur die von Siber[61] begründete und vor allem von Larenz[62] wesentlich geförderte, moderne Ansicht weiterhelfen, wonach man es bei inhaltlicher Deckung der Ansprüche statt mit deren Konkurrenz grundsätzlich mit insgesamt nur einem, aber mehrfach begründeten Anspruch zu tun hat[63]. Wir behaupten, daß dieser Gedanke auf die hier erörterten Ansprüche anzuwenden ist. Die Behauptung einer solchen bloßen Begründungskonkurrenz soll

61) Schuldrecht (1931) § 78 V 2 b.

62) Schuldrecht II § 69 VI und jetzt wieder Allgemeiner Teil § 20 IV 4 (insbes. 273).

63) In gleichem Sinne namentlich: Nikisch, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, AcP 154 (1955) 268 (281 ff.); Esser, Schuldrecht §§ 23, 2; 201, 3 d und g; Fikentscher, Schuldrecht § 102 V 1 a; Eichler, Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Recht, AcP 162 (1963) 401 (416 ff.); Staudinger-Weber, Rdn. C 29 Einl. vor § 241.

besagen, daß sowohl die Bereicherungs- und Deliktsansprüche als auch die beiden Deliktsansprüche unter sich als in einer durch den gemeinsamen Gedanken des Schutzes des subjektiven Rechts gebildeten Haftungseinheit stehend zu betrachten sind. Es ist zwar, wie geschehen, von den besonderen Voraussetzungen eines jeden dieser Einzelansprüche auszugehen. Und jeder von ihnen vermag, insbesondere auch bezüglich der Verjährung, eigenen Regeln für seine Durchsetzung zu folgen. Untereinander aber sind sie nicht nur äußerlich durch ihre gemeinsame Erledigung auf Grund der Befriedigung eines von ihnen verbunden. Unabhängig von ihren spezifischen Besonderheiten haben vielmehr alle diese aus der gemeinsamen Grundlage in dem verletzten Recht hervorgegangenen Einzelansprüche eine gemeinsame Spitze in einem aus ihnen zusammengeschlossenen, einen einheitlichen Anspruch. Dieser Gesamtanspruch ist im Rahmen der inhaltlichen Deckung der Einzelansprüche mehrfach begründet[64], läßt sich aber eben als eine einheitliche Befugnis auch insoweit nur als ein einziger Anspruch geltend machen. So verstanden kann man wiederum davon sprechen, daß je nach Lage des konkreten Falles "der" Fortwirkungsanspruch "bereicherungsrechtlicher" oder "deliktsrechtlicher" Fortwirkungsanspruch oder beides zugleich, "der" deliktsrechtliche "der" gewöhnliche oder "der" im Geschäftsanmaßungsanspruch besonders zugeschnittene Deliktsanspruch oder wieder beides zugleich sei.

Dem entspricht, daß die Einzelansprüche nur zu einem solchen Gesamtanspruch vereinigt auf einen Dritten übergehen können: Entweder

64) Bei den Vertretern der modernen Lehre ist hier meist von einer "Mehrheit der Anspruchsgrundlagen" die Rede; so etwa wieder Larenz, Allgemeiner Teil § 20 IV 4 (273). Demgegenüber sollen mit dem hier gewählten Begriff der "Begründungskonkurrenz" (vgl. Dietz, Problem der Konkurrenz 190) die - die Einzelansprüche wiedergebenden - verschiedenen Gesetzesvorschriften einerseits von der dogmatischen Grundlage des Gesamtanspruchs andererseits unterschieden bleiben. Was wir als Grundlage eines Anspruchs bezeichnen, ist immer nur sein dogmatisches Fundament, in unserem jetzigen Zusammenhang also das betroffene subjektive Recht.

als die Gesamtheit der Ausflüsse des verletzten, durch sie als dasselbe Recht fortwirkenden subjektiven Rechts, hier also des Eigentumsrechts. Dazu bedarf es des Übergangs dieses Rechts auf den Dritten[65]. Oder aber als der in dieser Gesamtheit einheitliche Gegenstand eines neu entstandenen, das verletzte Recht ersetzenden Forderungsrechts. Dann muß dieses Forderungsrecht auf den Dritten übergehen.

III. Opfersicherung.

Den mit der Verletzung des Rechts entstehenden Eingriffsansprüchen aus dem Eigentum stehen gleichfalls als Fortwirkungsansprüche zu qualifizierende Opferansprüche gegenüber, wie sie aus dem Recht mit seiner Übertragung hervorgehen. Diese Opferansprüche führen uns nun wieder auf den Kernbereich unserer Überlegungen zurück: Denn sie bestehen in der allgemeinen Leistungskondiktion und deren besonderen Erscheinungsformen. Ihrer Entstehung und ihrem Inhalt nach findet sich in ihnen eine vollständige Entsprechung zur allgemeinen und besonderen Eingriffskondiktion.

1. Allgemeine Opferkondiktion.

A. Veräußerung des Rechts.

Spricht man von der Übertragung des Rechts, hat man zunächst und in erster Linie seine Veräußerung im Auge. Wenn wir den Gedanken der Rechtsfortwirkung hier weiter verfolgen, ist darum mit dieser Form der Rechtsübertragung zu beginnen.

1. Übereignet der Eigentümer seine Sache zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, also etwa eines Kaufs, einer Schenkung oder eines

65) Das sollte für die Vindikation (§ 985 BGB) heute endlich als ausgetragen gelten dürfen; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 VI 3; Westermann, Sachenrecht § 30 I 3; je m.w.Nachw. Aber auch für die, soweit auf Herausgabe der Herrschaftsmacht über die Sache gerichtet, ebenfalls im fortbestehenden Eigentum selbst verbleibenden, mit der Vindikation zusammen einen einheitlichen Gesamtanspruch bildenden Einzelansprüche nach §§ 823 Abs. 1, 687 Abs. 2 BGB liegt es nicht anders.

Vermächtnisses einem Dritten, wendet er dem Empfänger mit dem Eigentum die berechtigte Herrschaftsmacht über die Sache zu. Diese Art der Veräußerung des Eigentumsrechts ist zwar praktisch gesehen die bei weitem wichtigste, jedoch nicht die einzige. Die zahlreichen Fälle des zur Erfüllung von Werklieferungsverträgen durch Bauunternehmer oder Autoreparaturwerkstätten vorgenommenen festen Einbaus von technischer Ausrüstung und Ersatzteilen veranschaulichen vielmehr besonders gut, daß es auch eine Eigentumsveräußerung durch Verbindung der Sache mit einer anderen gibt. Entsprechendes muß darüber hinaus für jede sonstige Verwertung der Sache durch Vermischung, Verarbeitung oder auch Verbrauch für einen Dritten gelten. Mit einer solchen Verwertungsleistung wendet der Eigentümer dem Empfänger statt der Sachherrschaft den mit der Verwertung freigesetzten Wert der Sache zu[66].

Ob es sich nun um die Veräußerung durch eine Übereignung oder die Verwertung handelt, beidemal stellt für den Erwerber das ihm durch die Leistung des Eigentümers zugewendete Gut als solches unabhängig davon eine Bereicherung dar, ob es nun zur Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses kommt oder nicht. Diese Bereicherung hat der Erwerber nur dadurch erlangen können, daß das subjektive Recht des Veräußerers auf ihn übergegangen (Übereignung) oder mit der Sache untergegangen (Verwertung) ist. Jedenfalls aber ist damit dem bisherigen Eigentümer nicht nur das Recht selbst, sondern auch dessen in der Herrschaftsmacht über die Sache bestehender Zuweisungsgehalt verlorengegangen und in dieser ursprünglichen Gestalt oder als der aus der Herrschaftsmacht über die Sache hervorgegangene Wert der Sache dem Empfänger zugefal-

66) Nicht gedacht ist hier an die Fälle, wo die Sache nach schon erfolgter Übereignung verwertet wird und eine bereits bestehende, auf die Herausgabe des Eigentums zielende Leistungskondiktion kraft Surrogation nachträglich zum Wertersatzanspruch abgewandelt wird. Gemeint sind vielmehr die Sachverhalte, wo der bisherige Eigentümer sein Recht erst durch die Verwertung der Sache verliert, die Leistungskondiktion also erstmals entsteht; vgl. oben Note 53. Über die Notwendigkeit, diese Fälle der Verwertungsleistung der der Leistung durch Übereignung gleichzustellen, insbesondere: Berg AcP 160, 520 ff. m.w.Nachw.; BGHZ 26, 178 (181/2); 30, 176 (180/1). Zuletzt wieder Baur/M. Wolf JuS 1966, 399 FN. 76.

len[67].

Darum sind wir nun gehalten, dieses Ergebnis an der Zuweisungstheorie zu überprüfen. Oder auf die beim Ausbleiben der Erfüllung durchgreifende Leistungskondiktion des bisherigen Eigentümers gegen den Empfänger bezogen: Es ist zu fragen, ob man auch diese Leistungskondiktion als Rechtsfortwirkungsanspruch zu betrachten hat.

2. Zunächst scheint hier freilich für Erwägungen, die auf die das subjektive Eigentumsrecht konstituierende Zuweisung der Herrschaftsmacht über eine Sache abstellen, und dementsprechend auch für eine Erklärung der Leistungskondiktion mit der Rechtsfortwirkung kein Raum zu sein. Wo das Eigentum durch einen objektiven oder subjektiven Eingriff verletzt wird, geschieht das gegen oder doch ohne den Willen des Eigentümers, zumindest aber von diesem selbst unbeabsichtigt. Anders hier, wo das Recht im Wege einer Veräußerung übertragen wird. Denn hier opfert der Eigentümer mit der kraft seiner Verfügungsmacht über das Recht vorgenommenen Leistung das Recht und den in diesem beschlossenen Zuweisungsgehalt bewußt und gewollt selbst einem Dritten auf. Dann aber will es nur folgerichtig erscheinen, daß er sich nicht länger in irgendeiner Form auf die ihm verliehene Zuweisung stützen kann, wenn er den Dritten auf eine Erstattung der diesem verschafften Bereicherung in Anspruch nimmt.Soweit man auf Seiten der noch immer herrschenden Meinung überhaupt in Erwägung zieht, daß an sich auch die Leistungskondiktion mit der Zuweisungstheorie aus einem verlorenen, vom Lei-

67) Wiederum gilt: Nicht nur bei Verbrauch,sondern auch bei Verbindung, Vermischung und Verarbeitung geht die Sache - und das ist entscheidend - jedenfalls als im Rechtssinne selbständiger Gegenstand unter, womit auch das an ihr bestehende Eigentumsrecht erlischt. Auch dann erlangt daher der Dritte mit der Verwertung vom bisherigen Eigentümer nicht die berechtigte Herrschaftsmacht über die verwertete Sache,d.h. das Eigentum an ihr, sondern den Wert der Sache. Dieser abgeleitete Wert der Sache muß von der berechtigten Herrschaftsmacht über die einheitliche Gesamtsache bzw. die neue Sache, dem unabgeleiteten Eigentum an einer solchen Sache, unterschieden werden. Hat man aber den bereicherungsrechtlich hier allein erheblichen, derivativ erlangten Wert der untergegangenen Sache und das originäre Eigentum an der einheitlichen bzw. neuen Sache in diesem Sinne auseinanderzuhalten, ist es zumindest schief, wenn auch hier von "Übereignung" gesprochen wird; so aber Baur/M.Wolf aaO 399 FN. 76. Vgl. im übrigen oben Note 55.

stenden aufgeopferten subjektiven Recht zu entwickeln sein könnte, und diese Möglichkeit nicht, wie bereits erwähnt [68], schon allein deshalb als zu eng gefaßt und daher undurchführbar wieder verwirft, weil als kondiktionsfähige Leistungsbereicherung schlechthin jeder nach dem freien Willen der Beteiligten bestimmte Schuldinhalt gelten darf, wird denn dieser zuletzt genannte Gesichtspunkt auch ausdrücklich in den Vordergrund gerückt: Eine Rechtsordnung, die mit der Figur des subjektiven Rechts die Betätigungsfreiheit des Individuums sichern will, könne eine Bereicherung des Dritten, die auf dem Willen des Rechtsinhabers beruht, nicht als der Güterzuweisung widersprechend betrachten[69]. Statt dessen hebt man, wie wir ebenfalls schon gesehen haben[70], zur Erklärung der Leistungskondiktion auf die durch das Fehlen einer tauglichen schuldrechtlichen Unterlage der Bereicherung des Empfängers hervorgerufene Enttäuschung eben dieses in die Leistung eingegangenen Willens ab. Damit stellt sich das Wesen des Anspruchs als die für das Rechtsgeschäft charakteristische Rücksichtnahme auf die Willensbildung dar, welche die anfängliche Verfehlung oder spätere Hinfälligkeit des mit der Leistung oder Zuwendung verfolgten Leistungszwecks oder Geschäftszwecks erforderlich macht. Kurz, der mit dem Anspruch verliehene Schutz wird nicht auf ein betroffenes subjektives Recht gegründet. Man siedelt ihn vielmehr im Bereich des Willens des Leistenden an und begreift ihn als Willensschutz.

a) Wer nicht unbesehen hinzunehmen bereit ist, daß das Willensmoment auf solche Weise gegen den Zuweisungsgedanken ausgespielt wird, muß sich auf die Frage konzentrieren, ob die Bedeutung willentlicher Zwecksetzung durch den leistenden Berechtigten hier gerade im Zeichen der Bereicherungshaftung zutreffend gewürdigt wird. Um darauf näher eingehen zu können, bedarf es angesichts der schon sprachlich bedingten, im Gesetz wiederkehrenden und auch in der dogmatischen Erörterung einige Verwirrung stiftenden Mehrdeutigkeit des Begriffs der "Leistung" vorweg einer Verständigung darüber, was wir

68) Oben Seite 10/1 Note 15 bis 19.
69) In diesem Sinne etwa wieder Baur/M. Wolf JuS aaO 397.
70) Oben Seite 11 bis 13 Note 20 bis 25.

unter einer Leistung verstehen wollen. Dasselbe Erfordernis ergibt sich für den aus den gleichen Gründen kaum gesicherter gebrauchten Begriff der "Zuwendung". Spricht man von der "geschuldeten Leistung", geht man von dem durch die normative Ordnung des Schuldverhältnisses geprägten Inhalt einer Schuld und damit vom Allgemeinen Schuldrecht aus. So gesehen ist, wie zuletzt Wieacker[71] noch einmal herausgearbeitet hat, Leistung nicht nur Leistungsverhalten des Schuldners und auch nicht nur Eintritt des Leistungserfolges, sondern "Eintritt des Leistungserfolges durch ein Leistungsverhalten des Schuldners". Anders, wenn man die für uns im Vordergrund stehende "kondizierbare Leistung" oder "kondizierbare Zuwendung" im Auge hat. Denn bereicherungsrechtlich betrachtet kommt es zunächst allein auf den in der Leistungsbereicherung des Empfängers liegenden Leistungserfolg an. Gleichwohl werden wir als "Leistung" nicht diesen Leistungserfolg, sondern allein das bewußt und gewollt zum Zweck der Erfüllung eines bestimmten Schuldverhältnisses vollzogene, in einem Handeln oder Unterlassen bestehende Leistungsverhalten bezeichnen. Demgegenüber ist der durch ein solches Verhalten des Leistenden bewirkte Leistungserfolg und er allein, also das dem Empfänger zugewendete Gut, für uns eine "Zuwendung". Mit dieser Begriffsbildung verschließen wir uns freilich auch dem in der modernen Bereicherungstheorie angestellten, auf Kötter[72] zurückgehenden Versuch, zwischen Leistung und Zuwendung nicht, wie hier, nach zweckgerichtetem Verhalten und seinem Erfolg, sondern innerhalb des Verhaltens zu unterscheiden. Danach soll der Begriff der Leistung das Zweckmoment besonders unterstreichen und daher das nicht nur bewußt und gewollt vorgenommene, sondern auch zweckgerichtete Verhalten umfassen, Zuwendung dagegen das allein bewußt und gewollt vollzogene Verhalten sein, das den Erfolg bewirkt.

Wird das Eigentum verletzt, so bleibt, wie sich ergeben hat, die in dem subjektiven Recht angelegte Zuweisung trotz des Verlusts

71) Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, Festschr. Nipperdey I 783 ff., insbes. 812.

72) AcP 153, 195 ff. Ebenso vor allem wieder Zeiß AcP 165, 332 ff.

des Zuweisungsgehalts, sei es gleichwohl als solche, sei es doch wenigstens ihrem Zweck nach, über die Verletzung des Rechts hinaus weiter bestehen und läßt das verletzte Recht fortwirken. Diese Fortwirkung beruht auf aus der Zuweisung hervorgegangenen, einen Eingriffsschutz bildenden Eingriffsansprüchen: Auf der Eingriffskondiktion als bereicherungsrechtlichem Eingriffsanspruch, der an einen der Güterzuweisung oder deren fortbestehendem Zweck widersprechenden, in der Bereicherung eines Dritten gelegenen rechtsgrundlosen Zustand anknüpft und diesen auszuräumen erlaubt. Oder aber auf deliktsrechtlichen Eingriffsansprüchen, die ihre Entstehung dem der Verhaltenszuweisung widersprechenden, rechtswidrigen Verhalten eines Dritten verdanken und dieses mit einer Schadensersatzpflicht sanktionieren.

Was nun die Leistung von dem an kein menschliches Dazutun gebundenen, die Eingriffskondiktion auslösenden objektiven Eingriff in ein subjektives Recht unterscheidet, ist ihre Natur als zweckbätig vollzogenes menschliches Verhalten. Die Natur als menschliches Verhalten wiederum hat sie mit dem für die Deliktshaftung maßgeblichen subjektiven Eingriff eines Dritten in das Recht gemein. Über dieser Gemeinsamkeit darf jedoch nicht verkannt werden, daß das im subjektiven Eingriff gelegene rechtswidrige Verhalten des Dritten selbst die Anknüpfung der Deliktshaftung bildet, während die Leistung ebenso wie der objektive Eingriff die Bereicherungshaftung nur auszulösen vermag, ohne selbst Anknüpfung der Haftung zu sein. Die Bereicherungshaftung kann vielmehr, und damit stoßen wir nun erneut auf die Problematik der Unrechtslehre, auch hier nur an einen rechtsgrundlosen, in der Bereicherung eines Dritten gelegenen Zustand anknüpfen. Oder anders ausgedrückt: Ebensowenig wie für die Erklärung der Eingriffskondiktion der objektive Eingriff, kann für die Erklärung der Leistungskondiktion die Leistung und das die Leistung prägende Willensmoment ausschlaggebend sein. Entscheidend ist allein wieder das die Haftung tragende, in der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung eines Dritten liegende Zustandsunrecht.

Wir gehen damit wieder davon aus, daß wie sich die Rechtswidrigkeit des Deliktsrechts stets nur als Verhaltensunrecht verstehen läßt, ebenso auch die Rechtsgrundlosigkeit des Bereicherungsrechts immer nur einheitlich als Zustandsunrecht aufzufassen ist. Innerhalb der Bereicherungshaftung kann nicht mit verschiedenen Unrechtsbegriffen gearbeitet werden. Das wäre nicht einsichtig zu machen und ist auch nie vertreten worden. Aber wir haben noch einen weiteren Schritt zu vollziehen. Wenn es weder auf den objektiven Eingriff in das subjektive Recht noch auf die das Recht übertragende Leistung selbst ankommt, müssen auch die Kriterien für die inhaltliche Bestimmung des Zustandsunrechts bei Eingriffs- und Leistungskondiktion dieselben sein. Die Rechtsgrundlosigkeit der Leistungsbereicherung kann also keine völlig andere Bedeutung haben als die Rechtsgrundlosigkeit der Eingriffsbereicherung: Auch wenn das Eigentumsrecht nicht verletzt, sondern veräußert wird und dadurch dem Berechtigten mit dem Zuweisungsgehalt des subjektiven Rechts zugleich das Recht selbst verlorengeht, reißt die Güterzuweisung nicht vollständig ab. Sie bleibt vielmehr ihrer normativen Natur gemäß auch hier über die Übertragung des Rechts hinaus wenigstens ihrem Zweck nach weiter bestehen, vermag also das durch die Veräußerung verlorengegangene Recht wieder zu überdauern. Was nun den in der Bereicherung des Dritten liegenden Zustand rechtsgrundlos macht, ist auch hier dessen Widerspruch zum fortbestehenden Zweck der Güterzuweisung des vom Betroffenen aufgeopferten Rechts. Dementsprechend ist dann aber auch die Leistungskondiktion als ein von der Güterzuweisung des übertragenen Rechts erzeugter Anspruch zu betrachten, durch den, wie durch die Eingriffskondiktion das verletzte Recht, so hier das mit der Veräußerung übertragene Recht fortwirkt.

Stellt man also statt des zweckverfolgenden Willens des Leistenden richtiger das die Bereicherungshaftung beherrschende Unrecht in den Mittelpunkt der Betrachtung, erweist sich auch für die Deutung der Leistungskondiktion die Zuweisungstheorie wieder als unentbehrlich: Auch die Leistungskondiktion ist als Anspruch aus

einem durch die Leistung aufgeopferten subjektiven Recht, hier als Fortwirkungsanspruch aus dem Eigentum zu qualifizieren. Die von ihr erfaßte Bereicherung, die dem Erwerber erbrachte Zuwendung, besteht in dem vom Veräußerer verlorenen Zuweisungsgehalt des aufgeopferten Rechts, und zwar in dessen ursprünglicher Gestalt als Herrschaftsmacht über eine Sache oder in Gestalt des aus der Sache hervorgegangenen Wertes der Sache. Der so umrissene "Opferanspruch", die aus der betroffenen Güterzuweisung erwachsene und auf Herausgabe oder Wertersatz gerichtete "Opferkondiktion", schützt demnach das subjektive Recht auch für den Fall seiner durch eine Veräußerung vollzogenen Übertragung: Dem Eingriffsschutz tritt eine weitere Form des Drittschutzes mit der Funktion einer bereicherungsrechtlichen Opfersicherung gegenüber.

Gibt das Willensmoment sonach für die Begründung der Leistungskondiktion nichts her, sondern hilft hier nur das Prinzip der Rechtsfortwirkung weiter, bleibt freilich noch zu prüfen, inwieweit sich die Zweckverfolgung dann wenigstens auf den in seinen Entstehungsvoraussetzungen schon fertigen Anspruch auszuwirken vermag. Jedenfalls aber handelt es sich insoweit, wie nunmehr im einzelnen noch darzulegen ist, um eine von der Begründung des Anspruchs zu unterscheidende Frage.

b) Hat die Leistungskondiktion gleichfalls nicht nur ihre Grundlage in einem subjektiven Recht, sondern bestimmt sich auch ihr in der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung eines Dritten gelegener Entstehungsgrund als der Widerspruch dieser Bereicherung zum fortbestehenden Zweck der Güterzuweisung des Rechts des Betroffenen, so heißt das zugleich, daß die Entstehungsvoraussetzungen des Anspruchs mit der Leistung auch schon vollständig vorliegen. Oder schlagwortartig formuliert: Wie die Eingriffskondiktion schon mit dem Eingriff aus dem verletzten Recht hervorgeht, so geht auch die Leistungskondiktion schon mit der Leistung[73] aus dem übertragenen Recht hervor. Das muß noch näher erläutert werden.

73) Und natürlich erst mit der Leistung; vgl. im übrigen oben Note 32 und 48.

Die im subjektiven Recht angelegte Güterzuweisung an den Berechtigten regelt einen Zustand. In Entsprechung hierzu knüpft der dem Recht für den Fall seiner Übertragung durch die Leistungskondiktion gebotene Schutz an einen unrechtmäßigen Zustand an. Dieser Zustand schlägt sich, wie dargelegt, in der Bereicherung des Empfängers nieder, in welcher sich der Zuweisungsgehalt des Rechts des Leistenden wiederfindet. Unrechtmäßig ist dieser Zustand oder, anders ausgedrückt, rechtsgrundlos ist diese Bereicherung als solche schon allein, aber auch überhaupt nur deshalb, weil sie zu dem fortbestehenden Güterzuweisungszweck des aufgeopferten Rechts in Widerspruch steht. Die Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung kann also, und darin liegt die praktische Spitze dieser Einsicht, nicht erst im Fehlen einer ihre Rechtfertigung ermöglichenden schuldrechtlichen Unterlage gesucht werden. Der die Normativität der Zuweisung in der Funktion als Güterzuweisung auch hier wieder an ihrer anspruchserzeugenden Kraft erweisende Rückabwicklungsanspruch ist in seiner Entstehung vielmehr unabhängig davon, ob eine solche Unterlage im konkreten Fall vorhanden ist oder nicht.

Oder um wieder auf unsere Ausgangsbeispiele zurückzukommen: Ist zur Erfüllung eines Kaufs, einer Schenkung, eines Vermächtnisses oder einer Werklieferung an einen Dritten geleistet worden, und fragt man nunmehr nach einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung, kann man nicht erst mit der Untersuchung einsetzen, ob das mit der Leistung vom Leistenden in Bezug genommene Schuldverhältnis tatsächlich auch erfüllt, ob also die Bereicherung des Empfängers durch die Erfüllung gerechtfertigt ist oder nicht. Die Prüfung, ob der Leistende das Ziel der Erfüllung erreicht oder verfehlt hat, bedeutet schon einen zweiten Schritt, mit dem zu beginnen dogmatisch gesehen den falschen Zugang wählen heißt. Zu beginnen ist vielmehr mit der Frage nach der Grundlage des Anspruchs in einem subjektiven Recht, hier also im Eigentum des Leistenden. Hat der Eigentümer mit der Veräußerung über sein Recht verfügt, sind dann aber mit dieser Leistung die Voraussetzungen für die Entstehung einer Leistungskondiktion gegen den Erwerber als solche auch schon vollständig vorhanden: Was die Rechtsgrundlosigkeit der Berei-

cherung des Empfängers ausmachen kann, ist ausschließlich ihr Widerspruch zum fortbestehenden Güterzuweisungszweck des subjektiven Rechts des Leistenden. Ob es zur Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses kommt oder nicht, ist für die Beurteilung des Anspruchs nicht mehr erheblich.

c) Erst wenn auf diese Weise der Natur der Leistungskondiktion als Fortwirkungsanspruch aus einem subjektiven Recht Rechnung getragen ist, läßt sich der nächste Schritt tun und die ganz andere Frage aufwerfen, inwieweit der mit der Leistung in seinen Entstehungsvoraussetzungen schon fertige Anspruch dann auch zum Zuge kommen kann. Diese Frage entscheidet sich daran, ob das Opfer des Berechtigten die bezweckte Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses zur Folge hat oder nicht. Hier also, freilich aber auch erst hier, wo es, wiederum mit einem Schlagwort, um den Fortbestand oder doch die Durchsetzbarkeit des Anspruchs geht, kommt es nun auch auf die schuldrechtliche Unterlage für die Leistungsbereicherung an.

Wenn und solange ein solches Schuldverhältnis erfüllt ist, wird die mit der Leistung erbrachte Zuwendung ungeachtet ihres an sich bestehenbleibenden Widerspruchs zum Zuweisungszweck des vom Leistenden aufgeopferten Rechts dem Empfänger zugesprochen und erfährt damit ihre Rechtfertigung: Die Bereicherung ist mit Rechtsgrund erlangt. Dann aber bleibt, was bisher noch offen gelassen worden ist, zu klären, ob man sich unter diesen Voraussetzungen einen Fortwirkungsanspruch des Leistenden gegen den Empfänger als an sich bestehend, wennschon nicht durchsetzbar vorzustellen, oder aber ihn als insolange überhaupt nicht vorhanden zu betrachten hat. Dies kann für den hier behandelten Fall der Übertragung des Rechts durch eine Veräußerung nur im letzteren Sinne beantwortet werden. Denn mit der Veräußerung gibt der Berechtigte sein Recht und dessen Zuweisungsgehalt zugunsten eines Dritten endgültig auf. Solange ein Fortwirkungsanspruch fehlt, ist dann aber auch keine durch ihn vermittelte Fortwirkung des aufgeopferten Rechts gegeben. Wenn

dennach in unseren Beispielen einer Veräußerung des Eigentums bei Erfüllung der Kauf-, Schenkungs-, Vermächtnis- oder Werklieferungsschuld keine Leistungskondiktion des Veräußerers gegen den Erwerber vorhanden ist, mag das im Ergebnis nur selbstverständlich erscheinen. Uns ist hier indessen die Begründung dieses Ergebnisses wichtig: Der Erwerber ist auf Kosten des Veräußerers zwar rechtsgrundlos, aber dennoch gerechtfertigt bereichert.

Kommt es dagegen nicht, nicht mehr oder auch noch nicht zur Erfüllung des Schuldverhältnisses, bleibt der Fortwirkungsanspruch voll erhalten, so daß das veräußerte Recht durch ihn fortwirken kann: Die dem Empfänger erbrachte, dem Zuweisungszweck des aufgeopferten Rechts des Leistenden als solche widersprechende Zuwendung entbehrt der Rechtfertigung; die Bereicherung ist ohne Rechtsgrund erlangt. Erweisen sich also in den angeführten Beispielen einer Eigentumsveräußerung der Kauf oder das Vermächtnis schon von vornherein als ungültig, wird die bereits vollzogene Schenkung später widerrufen, oder ziehen sich die im Zeitpunkt der Leistung noch nicht abgeschlossenen Verhandlungen über den Werklieferungsvertrag noch weiter hin, steht dem Veräußerer eine Leistungskondiktion gegen den Erwerber zu; dabei kann allerdings in dem zuletzt genannten Fall der Anspruch erst geltend gemacht werden, wenn sich die Aussichten auf einen erfolgreichen Abschluß des Vertrages endgültig zerschlagen haben. All das ist ebenfalls nicht mehr als selbstverständlich. Aber für uns liegt die Betonung wieder auf der Begründung dieses Ergebnisses aus der Zuweisungslehre: Die auf Kosten des Leistenden erlangte Bereicherung des Empfängers ist rechtsgrundlos und ungerechtfertigt zugleich. Was den Bereicherungsanspruch entstehen läßt, ist jedoch die nur am aufgeopferten Recht des Leistenden zu ermittelnde Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung allein.

d) Fassen wir unsere in der Erörterung der Veräußerung des Eigentums gewonnenen Folgerungen zusammen: Auch die Leistungskondiktion ist Anspruch aus einem subjektiven Recht. Auch durch sie vermag dieses Recht fortzuwirken. Daß der Leistende sein Recht bewußt und gewollt aufopfert und sich trotzdem auf die ihm in dem Recht

verliehene, wenigstens ihrem Zweck nach fortbestehende Güterzuweisung berufen kann - und muß, ist nur scheinbar nicht miteinander zu vereinbaren. In Wahrheit wird die Haftung des Empfängers allein von an dem aufgeopferten Recht zu ermittelndem Zustandsunrecht getragen, das von jedem willensbestimmten Verhalten unabhängig ist. Das Moment willensbestimmter Zweckverfolgung durch den Leistenden wird für den Anspruch erst erheblich, wenn dessen Entstehungsvoraussetzungen bereits vollständig vorliegen. Dann handelt es sich nur noch um die vom Vorhandensein einer tauglichen schuldrechtlichen Unterlage der Bereicherung abhängige Frage, ob der schon fertige Anspruch nun auch von Bestand ist oder nicht.

Dogmengeschichtlich betrachtet kann man dem auch dadurch Ausdruck geben, daß die Entwicklung der Leistungskondiktion zu Unrecht in der Lehre von Zweck und Zweckverfehlung steckengeblieben ist. Wenn sie aus dieser Verstrickung nicht hat herausfinden können, so weil die Theorie des subjektiven Rechts, in welchem der Anspruch tatsächlich gründet, nicht die erforderliche Weiterbildung erfahren hat, oder aber weil der Anwendungsbereich des Anspruchs ganz einfach überspannt worden ist. Denn damit mußte der Gedanke einer Zweckverfehlung für die Darstellung der Leistungskondiktion unentbehrlich erscheinen. Wenn wir das Wesen der Leistungskondiktion nicht im Willensschutz, sondern im Rechtsschutz sehen und demgemäß die dem Individuum im subjektiven Recht gewährleistete Betätigungsfreiheit und die für das Rechtsgeschäft charakteristische Rücksichtnahme auf die Willensbildung auseinanderzuhalten bestrebt sind, werden wir gerade darum unsere Position auch im einzelnen noch einmal am Gedanken der Zweckverfehlung messen und gegen ihn abgrenzen müssen. Das wird unsere nächste Aufgabe sein (unten Ziffer 3). Dann werden wir uns wieder der auf dem Hintergrund der Inhaltsfreiheit des Schuldvertrages aufgeworfenen Frage nach der Tragweite des subjektiven Rechts als Fundament des Anspruchs zuzuwenden haben (unten Ziffer 4).

3. Wenn die Leistungskondiktion ebenso wie die Eingriffskondiktion ein Rechtsfortwirkungsanspruch ist, und wenn deshalb das Moment der Zweckverfolgung und mit ihm auch die Rücksichtnahme auf die Willensbildung wegen Verfehlung oder Hinfälligkeit eines mit der Leistung verfolgten Leistungs- oder Geschäftszwecks nichts zur Fundierung des Anspruchs beiträgt, sondern nur noch über das weitere Schicksal einer in ihren Entstehungsvoraussetzungen schon fertig vorliegenden Haftung entscheiden kann, so bedarf es einer weiteren Klärung, was der Gedanke der Zweckverfehlung im Rahmen der Bereicherungshaftung dann noch austrägt. Und zwar über die in ihren Grundzügen schon gegebene Schilderung dieses Fun-ktionszusammenhanges hinaus: Denn wie die unserer Auffassung entgegenstehende herrschende Meinung zeigt, bietet sich die nach wie vor wenig durchsichtige, jedenfalls aber höchst unsicher gehandhabte Lehre von Zweck und Zweckverfehlung, läßt man es hier an einer klaren Grenzziehung fehlen, scheinbar immer wieder aufs neue dazu an, gerade in ihr den Sitz des schon für die Entstehung der Leistungskondiktion maßgeblichen Unrechts zu vermuten. Nicht allein, daß beispielsweise auch v. Caemmerer, der die Herauslösung der Gründe für die Rückabwicklung aus dem Bereicherungsrecht zunächst besonders unterstreicht[74], die Leistungskondiktion dann doch wieder unmittelbar mit der Korrektur einer Fehlvorstellung in Verbindung bringt. So meint er an anderer Stelle, die Bereicherungshaftung lasse sich nicht allein auf ein "ungerechtfertigtes Haben" stützen. Bei der Leistungskondiktion handle es sich auch um die Geltendmachung von Geschäftsmängeln, unter denen er namentlich den Irrtum hervorhebt. Erst beide Perspektiven zusammengenommen ergäben das vollständige Bild[75]. Auch wo demgegenüber die Anknüpfung der Bereicherungshaftung an das Zustandsunrecht schon genauer herausgearbeitet wird, bleibt doch dessen Bezug zur Zweckverfehlung unklar, so daß sich das Zustandsunrecht und die Zweckverfehlung im Ergebnis schließlich miteinander vermengt finden. Das gilt einmal für Esser, demzufolge der Grundgedanke der Leistungskondiktion nicht in der Willensbildung des Leistenden zu suchen sein soll, der aber den

74) Festschr. Rabel I 343 ff. (oben Seite 18 zu Note 38).

75) Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, Festschr. Dölle I 135 (151).

statt dessen als Ansatzpunkt der Haftung hervorgehobenen Unrechtszustand[76] dann doch dahin bestimmt, daß die Nichterreichung oder der Fortfall des Leistungszwecks die erlangte Bereicherung unrechtmäßig erscheinen lasse[77]. Und das gilt anders gewendet auch für Eikentscher. Denn er wiederum sieht sich durch die Anknüpfung an das Zustandsunrecht[78] nicht gehindert, zur Erklärung der Leistungskondiktion teils auf die von der Bereicherungshaftung technisch gesonderten Gründe für das Scheitern des Geschäftszwecks, teils auf, wie er meint, der Bereicherungshaftung unmittelbar selbst zu entnehmende Gründe für das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage zurückzugreifen.[79] Demgegenüber hat nach unserer Auffassung das die Entstehung der Leistungskondiktion bestimmende Zustandsunrecht mit dem Gedanken der Zweckverfehlung nichts zu tun. Dieses Unrecht ist vielmehr als der Widerspruch der Bereicherung zum Zuweisungszweck eines betroffenen Rechts zu ermitteln. Die Zweckverfehlung wird nur noch für den Fortbestand des Anspruchs maßgeblich: Rechtsgrundlosigkeit und möglicher Rechtsgrund der Bereicherung sind auseinanderzuhalten. Die Rechtsgrundlosigkeit ist nicht das negative Gegenstück des Rechtsgrundes. Und die Rechtsgrundlosigkeit ist vor allem nicht dasselbe wie das Fehlen eines Rechtsgrundes. Das muß noch erhärtet werden.

a) Mit diesem Ziel vor Augen haben wir freilich erst einmal auf die Schwierigkeiten einzugehen, die, wie bereits angedeutet, die Lehre vom Zweck schon für sich genommen noch immer aufgibt. Diese Schwierigkeiten beginnen damit, daß Leistungszweck und Geschäftszweck begrifflich keineswegs eindeutig feststehen. Doch auch weiter: wenn in dem angeschnittenen Problemkreis vom "Zweck" die Rede ist, spielt über den Leistungs- und den Geschäftszweck hinaus noch eine ganze Reihe zusätzlicher Bedeutungen herein, die in eine verläßliche Analyse unserer Frage ebenfalls mit einbezogen werden müssen. Auch insoweit macht man nur wieder auf's neue die Erfahrung, daß sich hier kaum eine Einzelbedeutung findet, die sowohl sachlich unmißverständlich

76) Schuldrecht §§ 53, 1 a; 187, 3 (oben zu Note 44); weiter § 189,2.

77) aaO § 189, 3.

78) Schuldrecht § 97 II 2 (oben zu Note 45).

79) So aaO § 99 I bis III. Dem entspricht die dort vorgenommene Differenzierung nach "technischen" und "materiellen" Leistungskondiktionen (oben Seite 12/3 zu Note 25 und Seite 19 zu Note 39).

abgegrenzt wäre als auch dem Begriff nach einverständlich gehandhabt würde und damit sicher vorausgesetzt werden könnte. Seine Ursache hat das vornehmlich darin, daß die Lehre vom "Zweck", der Tradition des römischen und gemeinen Rechts folgend, sich auch heute noch nicht von den historisch teils in der Rechtsgeschäfts-, teils in der Bereicherungs- und teils schließlich in der Übereignungslehre entwickelten Begriff der "causa" zu lösen vermocht hat. Auch wenn dieser Begriff in der zuletzt genannten Hinsicht für das geltende Recht entbehrlich geworden ist - mit der Einführung des Abstraktionsprinzips verbleibt für die "iusta causa traditionis" kein selbständiger Raum -,so umfaßt er doch noch immer einen solch komplexen Bedeutungsgehalt, daß er sich, da der erforderlichen Differenzierung nicht recht zugänglich, an heutiger Rechtsanschauung gemessen im Grunde längst als inadäquat erwiesen hat. Gleichwohl hält ihn die Doktrin, die ihn unter wechselnden Vorzeichen außer mit "Zweck" auch mit "Rechtsgrund" benennt, weiterhin beharrlich fest. Auf solche Weise aber werden seine Einzelinhalte, allen Unterscheidungsversuchen zum Trotz, immer wieder mehr verschlüsselt und verschleiert als geklärt. Richtiger ist es daher, schon von vornherein unmittelbar bei diesen Einzelbedeutungen anzusetzen. Dabei wird es sich angesichts der zahlreichen Unklarheiten[80] empfehlen, das sachlich Gemeinte

80) Zu den einzelnen, sich in den verschiedenen Darstellungen immer wieder sachlich und begrifflich überschneidenden Bedeutungen von "causa", "Zweck" und "Rechtsgrund" insbesondere: Klingmüller,Der Begriff des Rechtsgrundes (1901); Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des "rechtlichen Grundes" (1902); derselbe, Das Wesen des schuldrechtlichen Grundes (§ 812 BGB) und dessen Bedeutung für die Systematik des Privatrechts, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben (1929) III 143 ff.; v.Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts (1903); Stampe, Das Causaproblem des Civilrechts (1904); derselbe, Grundriß der Wertbewegungslehre, AcP 108 (1912) 42 (51 ff.); 110 (1913) 119 ff.; Schöninger, Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts (1906); Boehmer, Der Erfüllungswille (1910); derselbe, Realverträge im heutigen Rechte, ABR 38 (1913)314 ff.; v. Tuhr, Allgemeiner Teil II 2 § 72; Siber, Schuldrecht §§ 2 II, 40; derselbe, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, JhJ 70 (1921) 223 ff.; Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, AcP 121 (1923) 1 ff.; Krückmann, Kalkulationsirrtum und ursprüngliche Sinn-, Zweck- und Gegenstandslosigkeit, AcP 128 (1928) 157 ff.; Leonhard, Schuldrecht I §§ 186 ff., II §§ 238 ff.; Wilburg, Bereicherung 7 ff.; Krawielicki Grundlagen des Bereicherungsanspruchs (1936); Barnstedt, Rechts-

zunächst einmal möglichst unbefangen zu fixieren und erst dann die so gewonnenen Elemente in die eigentliche Auseinandersetzung mit unserer Frage einzuführen.

aa) Wer leistet, will damit immer etwas erreichen, was sich in Leistungserfolg als solchem noch nicht erschöpft. Leistung ist darum nicht, wie die ältere Bereicherungstheorie zur Abgrenzung von den Fällen einer "in sonstiger Weise" erlangten Bereicherung angenommen hat, das eine Zuwendung bewirkende, bewußte und gewollte Verhalten allein[81]. Leistung ist vielmehr darüber hinaus, und das unterscheidet sie von einem bloßen Verzicht, wesensnotwendig finales Verhalten: Hinter dem in der Zuwendung bestehenden unmittelbaren Erfolg des Leistungsverhaltens steht ein das Verhalten überdeterminierender Zweck. Dieser in den Kategorien der Kausalehre als "causa der Leistung" oder "äußerer Rechtsgrund" bezeichnete "Leistungszweck" wird, davon war schon die Rede[82], in der modernen Bereicherungsdogmatik denn auch als integrierender Bestandteil des Leistungsbegriffs herausgearbeitet[83].

---

grundlosigkeit, insbes. 28 ff., 46 ff.; v.Caemmerer, Festschr. Rabel I 343 ff.; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 148 I; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 200 I; Lehmann-Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches (1966) § 25 III 1; Larenz, Schuldrecht II § 62 I a und Allgemeiner Teil § 24 II d; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II (1965) § 12; Esser, Schuldrecht §§ 14; 15; 189, 2 bis 4; Zeiß JZ 1963, 7 (7/8) sowie AcP 164, 50 ff. und AcP 165, 334/5, 339; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht (1964) § 19 I; Fikentscher, Schuldrecht § 26 I 3; Staudinger-Coing, Rdn. 57 ff. Einl. vor §§ 104 ff.; Scheyhing AcP 157, 371 ff.; Söllner, Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges, AcP 163 (1963) 20 ff.; Zweigert, Seriositätsindizien, JZ 1964, 349 ff. Die umfassendste neuere Darstellung gibt H. P. Westermann, Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht, Diss. Köln 1964. Vgl. ferner auch Baur/M.Wolf JuS 1966, 394; Kübler, Feststellung und Garantie (1967), insbes. 212.

81) Krawielicki, Grundlagen 1; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 22 I. Weitere Nachweise bei Baur/M.Wolf JuS 1966, 394 FN. 12.

82) Oben zu Note 72.

83) Kötter AcP 153, 195 ff.; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 366; derselbe, Bereicherungsansprüche und Drittbeziehungen, JZ 1962, 385 (386); Scheyhing AcP 157, 375 ff.; Esser, Schuldrecht § 189, 2 und 6; Larenz, Schuldrecht II § 62 I a (365 FN. 4); Berg AcP 160, 507; derselbe, Bereicherungsanspruch bei Leistung an einen Dritten, JuS 1964, 137 (137/8); Thomä, Tilgung fremder Schuld durch irrtümliche

Um den Leistungszweck näher zu charakterisieren, ist von dem das Leistungsverhalten tragenden Leistungswillen auszugehen, der nichts anderes als der Erfüllungswille ist. Dementsprechend stellt der Leistungszweck als das Verhalten des Leistenden bestimmendes, über die Zuwendung hinaus mittelbar erstrebtes Ziel einen vom Leistenden vorgestellten, also subjektiven Zweck dar: nämlich die Herbeiführung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses. Wie der Leistungswille Wille des Leistenden allein ist, ist auch der Leistungszweck einseitig vom Leistenden verfolgter Zweck.

Schließlich ist zur Klarstellung noch auf eine Folgerung zu verweisen, die sich aus der subjektiven Natur des Leistungszwecks als eines einseitig vorgestellten Zwecks ergibt: Der Leistungszweck und mit ihm die Leistung sind unabhängig davon gegeben, ob in der Vorstellung des Leistenden ein zu erfüllendes Schuldverhältnis im Zeitpunkt der Leistung schon vorhanden ist, gleichzeitig mit der Leistung begründet wird oder auch erst nach der Leistung wirksam zustandekommen soll. Und vor allem: Das Vorliegen einer Leistung als solcher bleibt unberührt davon, ob das mit ihr in Bezug genommene Schuldverhältnis auch tatsächlich überhaupt vorhanden, erfüllungsfähig und inhaltlich die Zuwendung zu decken geeignet ist, ob also die mit der Leistung erstrebte Erfüllung des Schuldverhältnisses wirklich erreicht oder aber verfehlt oder doch später wieder hinfällig wird[84].

bb) Wer leistet, bezweckt damit nicht nur die Herbeiführung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses überhaupt, sondern diejenige eines ganz konkret in Bezug genommenen, also genau bestimmten Schuldverhältnisses. So ist es zu verstehen, daß unter der "causa der Lei-

---

Eigenleistung?, JZ 1962, 623 (625 ff.); Zeiß JZ 1963, 7/8 sowie AcP 164, 54 ff. und AcP 165, 333 ff.; Rothoeft AcP 163, 224 ff.; H.P. Westermann, causa 213 ff.; Baur/M. Wolf JuS 1966, 394 m.w. Nachw. dort FN. 11; vgl. auch schon Siber JhJ 70, 262. Ebenso BGHZ 40, 272 (277).

84) Verfehlt daher Scheyhing aaO 386/7 und dort FN. 56, demzufolge eine Zweckbeziehung auf ein in Wahrheit nichtiges Schuldverhältnis nicht möglich sein soll. Dagegen mit Recht insbesondere H.P. Westermann aaO 214 ff.

stung" oder dem "äußeren Rechtsgrund" vielfach bereits nicht mehr so sehr der Leistungszweck als solcher als vielmehr diese seine in aller Regel schon mit dem Leistungsverhalten zusammenfallende Konkretisierung abgehandelt wird. Beide sind aber voneinander zu unterscheiden, so daß man die letztere als einen weiteren Bestandteil des Leistungsbegriffs bildende "Leistungsbestimmung" dem Leistungszweck zur Seite zu stellen hat. In dieser ebenso wie der Leistungszweck dem Leistungswillen, d.h. dem Erfüllungswillen erwachsenen Leistungsbestimmung findet sich die Erfüllungs- oder Tilgungsbestimmung der Erfüllungslehre wieder. Und wie der Leistungszweck von seiner Wurzel im Leistungswillen her ein einseitig vom Leistenden verfolgter, subjektiver Zweck ist, so ist auch die aus derselben Quelle gespeiste, den Leistungszweck konkretisierende Leistungsbestimmung eine einseitig vom Leistenden getroffene, subjektive Bestimmung. Dementsprechend teilt sie mit dem Leistungszweck aber auch die Unabhängigkeit davon, ob sich der Leistende das konkret in Bezug genommene Schuldverhältnis als schon vorhanden, gleichzeitig begründet oder erst später wirksam zu begründend vorstellt, und ob es tatsächlich zur Erfüllung dieses Schuldverhältnisses kommt oder nicht[85]. Auch die Leistungsbestimmung findet in der modernen Bereicherungslehre immer breitere Aufmerksamkeit[86].

cc) Als "causa" nicht der Leistung, d.h. des Leistungsverhaltens, sondern des Leistungserfolges in Gestalt der erbrachten Zuwendung, anders ausgedrückt als "Rechtsgrund der Leistungsbereicherung", wird im Sinne der Lehre von der schuldrechtlichen Unterlage oft kur-

85) Dazu, daß auch das nicht als selbstverständlich gelten kann, vorige Note.

86) Dies vor allem in der Erörterung der irrtümlichen Eigenleistung auf in Wahrheit fremde Schuld. Dazu insbesondere: Esser, Schuldrecht § 190, 2; Larenz, Schuldrecht II § 62 I a (365 FN. 4); Flume, Anm. zu BGHZ 36, 30 ff., JZ 1962, 281 f.; Thomä JZ 1962, 623 ff.; v. Caemmerer, Festschr. Dölle I 157 ff.; Zeiß JZ 1963, 8 ff. und AcP 165, 333 ff.; Berg JuS 1964, 140/1; Baur/M. Wolf JuS 1966, 395 ff.

Streitig ist dabei, ob die vom Leistenden getroffene Leistungsbestimmung so zu gelten hat, wie es dem inneren Willen des Leistenden entspricht (dafür: Flume, Berg und grundsätzlich auch v. Caemmerer) oder, mit BGHZ 40, 272 (278), wie sie sich aus der Sicht des Empfängers der Zuwendung darstellt (so die übrigen Genannten).

zerhand das "Schuldverhältnis" als solches bezeichnet, das die Bereicherung dem Empfänger zuspricht[87]. Da man nun aber den Begriff des Schuldverhältnisses seinerseits gleichfalls nicht einheitlich gebraucht, haben wir auch seine Einzelbedeutungen wieder voneinander abzugrenzen.

Schuldverhältnis ist einmal und vor allem die als "Organismus"[88], "konstante Rahmenbeziehung"[89], "zweckbedingtes soziales Band"[90], "Gefüge" und "Prozeß"[91] oder "Ursprungsverhältnis"[92] verstandene, die Befriedigung eines einzelnen Anspruchs überdauernde "Gesamtheit der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner"[93]. So gesehen läßt sich das Schuldverhältnis also gerade nicht mit der klassischen, den Wortlaut des Gesetzes noch fast uneingeschränkt beherrschenden Doktrin mit einem einzelnen "schuldrechtlichen Anspruch" oder einem diesem synonym gebrauchten "Forderungsrecht" gleichsetzen. In diesem Sinne betrachtet ist es vielmehr mit der heutigen Auffassung als einen Wurzelboden möglicher Ansprüche bildendes, umfassendes Rechtsverhältnis dem einzelnen Anspruch vorgegeben und übergeordnet. Folgt man unserer schon vorläufig umrissenen These, wird man darüber hinaus aber auch hier wieder Anspruch und Forderungsrecht zu unterscheiden haben: Dann nämlich ist deren Verhältnis zueinander dahin zu bestimmen, daß das Forderungsrecht ein subjektives Herrschaftsrecht an einem solchen, einen bloßen Ausfluß des umfassenden Rechtsverhältnisses bildenden Anspruch darstellt.

Um nun das umfassende Rechtsverhältnis von dem aus ihm hervorgegangenen einzelnen Anspruch und dem an einem derartigen Anspruch bestehenden subjektiven Forderungsrecht in der gebotenen Schärfe ab-

87) Statt aller übrigen: Esser, Schuldrecht §§ 71, 1; 189, 4; Larenz, Schuldrecht I § 2 V (22), II § 62 I a.
88) So vor allem Siber, Schuldrecht § 1 I 1.
89) Herholz, Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung, AcP 130 (1929) 257 ff.
90) Esser, Schuldrecht § 25, 2.
91) Larenz, Schuldrecht I § 2 V.
92) E. Wolf, Zum Begriff des Schuldverhältnisses, Festgabe für Heinrich Herrfahrdt (1961) 197 ff., insbes. 211.
93) BGHZ 10, 391 (395).

zuheben, behalten wir den Begriff des Schuldverhältnisses ausschließlich ihm allein vor.

dd) Wenn nun vom Schuldverhältnis als der "causa einer Zuwendung" oder dem "Rechtsgrund der Bereicherung" oder auch, da es hier um die objektive Rechtfertigung von etwas Erlangtem geht, von der "causa im objektiven Sinne" spricht, ist das freilich ungenau. Denn hier bedeutet "causa", und das soll damit eigentlich auch gesagt werden, nicht das Schuldverhältnis als solches, sondern die Erreichung des Leistungszwecks in der "Durchführung" oder "Invollzugsetzung" dieses Schuldverhältnisses[94]. Dann reden wir von "Erfüllung" und verstehen darunter das wertende Urteil über einen Zustand des Schuldverhältnisses: Einen Zustand, welcher die Aussage erlaubt, daß die in dem Schuldverhältnis angelegte Ordnung verwirklicht ist. In umgekehrter Entsprechung hierzu ist die dann das Fehlen oder den Wegfall des Rechtsgrundes der Bereicherung bezeichnende, anfängliche Verfehlung oder spätere Hinfälligkeit des Leistungszwecks soviel wie das Ausbleiben oder der Wegfall der Erfüllung des Schuldverhältnisses[95].

ee) Vor allem wird "causa" aber auch der zugleich mit "innerer Rechtsgrund" wiedergegebene Inbegriff der Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Schuldverhältnisses genannt: Also dessen (vollkommen oder unvollkommen) synallagmatisch oder nicht synallagmatisch strukturierter, beispielsweise beim Kauf auf den entgeltlichen Austausch von Ware und Geld, bei der Schenkung auf die unentgeltliche Hingabe eines Gutes gerichteter "Geltungsgrund". Errichtung, Wandlung und Un-

94) Vgl. Esser, Schuldrecht §§ 15, 3 und 189, 3 mit §§ 71, 1 und 189, 4 (oben Note 87).

95) Im Sinne dieser wichtigen Unterscheidung von Schuldverhältnis und Erreichung oder Verfehlung oder Hinfälligkeit des Leistungszwecks außer Esser aaO §§ 15, 3; 189, 3 (vorige Note) weiter auch: Jung, Bereicherungsansprüche 68, Wesen und Bedeutung 159; Locher AcP 121, 37; Barnstedt, Rechtsgrundlosigkeit 26; Wilburg, Bereicherung 11; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 344; Scheyhing AcP 157, 376/7 und dort FN. 31, 382 FN. 46; Thomä JZ 1962, 625 ff.; Zeiß AcP 164, 53/4; H.P. Westermann, causa 94, 206 ff.

ledigung dieses Geltungsgrundes des Schuldverhältnisses entscheiden unmittelbar darüber, ob das Schuldverhältnis vollwirksam entsteht, sich verändert und untergeht. In aller Regel - anders freilich bei einem gesetzlichen oder durch Hoheitsakt begründeten oder auch bei einem aus Konvention, Sitte und Anstand erwachsenen Schuldverhältnis - wird der Geltungsgrund rechtsgeschäftlich, und dabei wiederum nur ausnahmsweise durch einen einseitigen Verpflichtungsakt, sonst jedoch durch einen verpflichtenden Vertrag konstituiert. Dann hat man den "Geschäftszweck" vor sich, wie er meist verstanden wird und wie auch wir ihn verstehen. In eben dieser Bedeutung kann die "causa" wiederum subjektiv aufgefaßt werden, weil sie auf dem Verpflichtungswillen der Beteiligten beruht. Genauer besehen trägt sie hier jedoch objektive Züge, weil in ihr der Verpflichtungswille seine Objektivierung gefunden hat.

Mit dem Geschäftszweck hängt die noch immer gelehrte Unterscheidung von "kausaler" und "abstrakter" Zuwendung[96] zusammen: Wer sich durch ein etwa kaufvertraglich gegebenes Leistungsversprechen einem Dritten gegenüber bindet, soll damit dem Versprechensempfänger ebenso eine "Zuwendung" machen wie derjenige, der leistungsweise die geschuldete Übereignung an den Empfänger vollzieht. Bei dieser Anschauungsweise, die einseitig auf ein dem Dritten mit der Eingehung der Verpflichtung eingeräumtes Forderungsrecht abhebt, erscheint nämlich der Geschäftszweck des Schuldverhältnisses als "Rechtsgrund der kausalen Zuwendung". In Wahrheit ist das Dogma von der "kausalen" Zuwendung jedoch über der modernen Entwicklung der Theorie des Schuldverhältnisses längst ein Atavismus geworden, den man getrost über Bord werfen kann. Denn wie auch wir schon darzulegen hatten, muß nach heutiger Einsicht das im umfassenden Sinne verstandene Schuldverhältnis, das gegen das einzelne Forderungsrecht eines Beteiligten abzuheben ist, als eine schon von vornherein beide Beteiligten glei-

96) v. Tuhr, Allgemeiner Teil II 2 § 73 I; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 148 I 5; Lehmann-Hübner, Allgemeiner Teil § 25 III 2 b; Flume, Allgemeiner Teil § 12 I; Larenz, Allgemeiner Teil § 24 II d (331); H.P. Westermann aaO 89/90.

chermaßen übergreifende Bindung den Ausgangspunkt der Betrachtung bilden. Aus dem Schuldverhältnis können dann freilich einzelne Ansprüche der Beteiligten gegeneinander erwachsen. Ein Forderungsrecht eines Beteiligten schließlich, das war der von uns geforderte weitere Schritt, bildet erst wieder das subjektive Recht an einem solchen einzelnen Anspruch. So verstanden aber gibt es ein völlig verkehrtes Bild, wenn man die Entstehung eines derartigen Forderungsrechts unter das Schema einer "kausalen Zuwendung" preßt, die ein Beteiligter dem anderen macht, und diese Zuwendung einer mit der zur Erfüllung eines Schuldverhältnisses leistungsweise bewirkten, "abstrakten" Zuwendung gegenüberstellt. Ist es verfehlt, hier überhaupt nach einer "Zuwendung" zu suchen, gilt dasselbe auch für deren "Rechtsgrund".

Anders ausgedrückt: Was dieser außerhalb des Bereicherungsrechts [illegible]te "Rechtsgrund" einer solchen"Zuwendung" zu veranschaulichen vermag, ist nicht mehr als die Abhängigkeit des einzelnen Anspruchs und damit auch eines an diesem Anspruch bestehenden Forderungsrechts von der Wirksamkeit des Schuldverhältnisses. Das aber läßt sich unter Vermeidung zusätzlicher Verwirrung schon allein mit dem Geltungsgrund des Schuldverhältnisses, aus welchem der Anspruch hervorgeht, erschöpfend fassen.

ff) Vom Geschäftszweck, also vom rechtsgeschäftlich begründeten Geltungsgrund des Schuldverhältnisses hinreichend deutlich zu unterscheiden sind, auch als entfernte "causa" bezeichnet, das nur einseitig gehegte "Motiv" und die beiderseitig vorausgesetzte "Geschäftsgrundlage" des in den Geschäftszweck eingegangenen Verpflichtungswillens. Gerade sie fließen bei unkritischer Handhabung der Kausalehre freilich nur allzu leicht mit dem Geschäftszweck des Schuldverhältnisses wieder zusammen, zumal sich ein untypischer Geschäftszweck oft erst aus ihnen heraus überhaupt wird näher bestimmen lassen. Auf diese Unterscheidung kommt es aber schon deshalb besonders an, weil Mängel in der Ebene von Motiv und Geschäftsgrundlage, den Anforderungen der Verkehrssicherheit entsprechend, nur begrenzt Berücksichtigung finden: Sie können grundsätzlich nur nach

besonderer Prüfung auf den Bestand des Geschäftszwecks und erst über diesen, wennschon damit nur mittelbar, dann auch auf den Bestand des Schuldverhältnisses Einfluß gewinnen.

cc) Von der Vielfalt der mit dem Begriff der "causa" verbundenen Einzelbedeutungen werden vor allem der das Leistungsverhalten final überdeterminierende Leistungszweck und seine Konkretisierung in der Leistungsbestimmung einerseits und der als rechtsgeschäftlicher Geltungsgrund des Schuldverhältnisses ermittelte Geschäftszweck andererseits nicht immer mit der notwendigen Entschiedenheit auseinandergehalten. Das zeigt sich dann auch wieder darin, und das war unser Ausgangspunkt, daß zur Erklärung der Leistungskondiktion teils auf die Verfehlung oder Hinfälligkeit des Leistungszwecks, teils auf die Verfehlung oder Hinfälligkeit des Geschäftszwecks oder auch schon von dessen Voraussetzungen abgehoben wird.

Die Unsicherheit gerade dieser Grenzziehung im besonderen ist nur wieder damit zu erklären, daß auch insoweit aus dem gemeinen Recht übernommene, festeingewurzelte Vorstellungen noch immer nicht recht haben überwunden werden können: Wir denken an die traditionelle Klassifikation untereinander gleichgeordneter "causae" in "causa solvendi", "causa donandi" und "causa credendi" oder "acquirendi"[97]. Dabei liegt die Betonung auf dem Moment der Gleichordnung. Denn eben um solcher Gleichordnung willen ist auch diese Klassifikation in Wahrheit längst unbrauchbar geworden. Das geltende Recht kann den Unterschied zwischen der Begründung des Schuldverhältnisses durch die Verpflichtung und seiner Durchführung im Wege einer Leistung auf die Schuld nicht länger verleugnen. Dadurch aber findet sich, richtig gesehen, die "causa solvendi" heute in dem vom Leistenden verfolgten Leistungszweck und in der vom Leistenden getroffenen Leistungsbestimmung wieder. Die übrigen "causae" dagegen sind im Zeichen schuldrechtlicher Typenfreiheit als umfassende "causa obligandi" längst im Geschäftszweck als dem regelmäßig durch einen Verpflichtungs-

97) Dazu statt aller: v. Tuhr aaO § 72 II.

vertrag geschaffenen rechtsgeschäftlichen Geltungsgrund des Schuldverhältnisses aufgegangen[98]. Je nachdem, ob man es mit der Begründung oder aber der Durchführung des Schuldverhältnisses zu tun hat, bewegt man sich daher in völlig verschiedenen Ebenen der Betrachtung. Und zwar ist diese Abschichtung nicht nur formaler Natur, sondern sachlich bedingt. Insbesondere geht es nicht an, in ihr nur einen durch das Abstraktionsprinzip ermöglichten, mehr oder weniger willkürlichen Kunstgriff rechtlicher Technik zu sehen. Das Abstraktionsprinzip ist hier nur von relativer Bedeutung. In den Fällen der Verwertungsleistung bleibt der Leistungserfolg auch ohne das Abstraktionsprinzip schon von vornherein unabhängig davon, ob das mit der Leistung in Bezug genommene Schuldverhältnis auch tatsächlich durchgeführt wird oder nicht. So verschafft der vom Bauherrn beauftragte Installateur, der einen Warmwasserspeicher einbaut, seinem Auftraggeber den Wert des angeschlossenen Apparates auch dann, wenn die dabei zugrunde gelegte Lieferabrede nicht wirksam zustandegekommen war. Entsprechend liegt es dort, wo die Leistung statt in einem solchen nur "tatsächlichen" Handeln in einem in derselben Weise nur "tatsächlichen" Unterlassen besteht. Man schafft also die Scheidung von Begründung und Durchführung des Schuldverhältnisses nicht erst, sondern vollendet sie nur, wenn die, wie bei der Übereignung, in einem "Rechtsgeschäft" bestehende Leistung die Zuwendung nun ebenfalls ohne Rücksicht auf Eintritt und Fortbestand der Erfüllung des Schuldverhältnisses bewirkt[99].

Im übrigen tut man, wie schon gesagt, gut daran, statt mit dem Begriff der "causa" selbst immer nur mit seiner konkreten Einzelbedeutung zu arbeiten. Denn auch alle Unterscheidungsversuche, die auf die in ihm beschriebenen "unmittelbaren" oder "mittelbaren" Ziele und Wirkungen, auf seine "subjektive" oder "objektive" Natur oder schließlich auf seinen "äußeren" oder "inneren" Standort abstellen,

---

98) In diesem Sinne, wenngleich ohne nachhaltige Wirkung, vor allem schon Boehmer, Erfüllungswille 46/7 und noch entschiedener ABR 38, 334.

99) Vgl. hierzu v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 338.

haben die ihm anhaftenden, mannigfachen sachlichen Mißverständnisse und begrifflichen Überschneidungen nicht auszuräumen vermocht. Ähnliches gilt für seine Widergabe mit dem Begriff des "Zwecks" oder des "Rechtsgrundes". Will man gleichwohl am Begriff der "causa" festhalten, sollte man ihn wenigstens strikt auf die Bedeutung von "Geltungsgrund des Schuldverhältnisses" beschränken[100]. Jedenfalls aber ist nach dem heutigen Stande der Rechtsentwicklung nicht mehr ernstlich an einen das Allgemeine Schuldrecht und das Bereicherungsrecht zugleich umspannenden, geschlossenen Kausabegriff zu denken. Freilich hat erst unlängst H.P. Westermann[101] dies noch einmal darzustellen unternommen. Aber wenn er über die bereits kritisierte, auch von ihm zugrunde gelegte Unterscheidung von "kausaler" und "abstrakter" Zuwendung hinweg die "causa" einheitlich als den "jeweiligen Bezug der Zuwendung zum Gesamtgeschäft" glaubt bestimmen zu können[102], vernachlässigt er gerade wieder das hier entscheidende sachliche Gefälle zwischen Begründung und Durchführung des Schuldverhältnisses. Alle Versuche aber, auf diese Weise Geschäftszweck und Leistungszweck in dieselbe Ebene zu rücken[103], laufen darauf hinaus, inhaltlich miteinander nicht zu vereinbarende Dinge über denselben Leisten zu schlagen und helfen daher letztlich nicht weiter.

b) Von unserer bereicherungsrechtlichen Thematik her betrachtet steht in dem hier interessierenden Rahmen der Rechtsgrund der Bereicherung - und in anderem Sinne sollte man den Begriff des Rechtsgrundes überhaupt nicht verwenden - ganz im Vordergrund. Wir haben diesen Rechtsgrund als die Erreichung des Leistungszwecks in der Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses bestimmt, das dem Empfänger die Zuwendung zuspricht. Das lenkt

100) In dieser Beschränkung ließe sich auch der Anschluß an die Rechtsvergleichung gewinnen. Vgl. dazu Zweigert JZ 1964, 349 ff.; Kübler, Feststellung und Garantie 212.

101) In der schon wiederholt zitierten Arbeit über "Die causa im französischen und deutschen Zivilrecht" (oben Note 80), 89 ff.

102) aaO 90.

103) aaO 95 ff.

uns nun auf die Erfordernisse, die das Erfüllungsurteil zu fällen erlauben, und damit auf eine sich schon durch viele Generationen hindurchziehende Streitfrage. Hier Stellung zu beziehen, können wir nicht umgehen. Denn um der mit Recht immer stärker betonten wechselseitigen Verflechtung von Erfüllungs- und Bereicherungslehre willen vermag gerade diese Problematik unverzichtbare Aufschlüsse für eine sicherere Handhabung der vielschichtigen Lehre vom Zweck zu geben. Darüber hinaus läßt sich aus ihr aber auch, wie gleichfalls zu zeigen sein wird, das Material für eine weitere Präzisierung des Begriffs der Leistung gewinnen.

aa) Verdeutlichen wir zunächst, was die "Erfüllung eines Schuldverhältnisses" auf dem Hintergrund der unterschiedlichen Bedeutungen von Schuldverhältnis, aus diesem hervorgegangenem Anspruch und an einem solchen Anspruch bestehendem Forderungsrecht besagt.

Wer beispielsweise als Verkäufer seine Lieferschuld oder als Käufer seine Kaufpreisschuld begleicht, bewirkt damit insoweit die Erfüllung des mit dem Kaufvertrag begründeten, in seiner Bindung beide Beteiligten übergreifenden Schuldverhältnisses. In dieser Hinsicht saturiert, erzeugt die in dem Schuldverhältnis angelegte Ordnung fortan für den Käufer keinen Lieferanspruch und für den Verkäufer keinen Zahlungsanspruch mehr. Mit dem Erlöschen des Erfüllungsanspruchs geht auch ein an diesem Anspruch bestehendes subjektives Forderungsrecht des jeweiligen Beteiligten unter. "Erfüllt" wird also, wennschon eben allein insoweit, das Schuldverhältnis und nur dieses. Der aus dem Schuldverhältnis hervorgegangene einzelne Anspruch dagegen wird im Unterschied hierzu "befriedigt". Überhaupt läßt sich mit eindeutiger Sinngebung von "Erfüllung" immer und überall nur in Bezug auf ein Schuldverhältnis in der ihm von uns beigelegten umfassenden Bedeutung sprechen. Meint man dagegen einen einzelnen Anspruch, kann es sich stets nur um eine "Befriedigung" handeln, mag dieser Anspruch nun, wie hier, in einem in dem genannten Sinne verstandenen Schuldverhältnis wurzeln oder einen anderweitigen Ursprung haben. Eine solche Befriedigung läßt den Anspruch erlöschen

und dadurch wieder ein an dem Anspruch etwa bestehendes Forderungsrecht untergehen.

Das mit der Leistung in Bezug genommene Schuldverhältnis selbst aber bleibt, auch soweit erfüllt oder, was dasselbe ist, durchgeführt oder in Vollzug gesetzt, als solches weiter bestehen und bildet in diesem Erfüllungszustand die "schuldrechtliche Unterlage" für die Aufrechterhaltung der Erfüllung und damit des Rechtsgrundes der Leistungsbereicherung des Empfängers. Rechtsgrund der Bereicherung ist also, wie noch einmal betont sei, eben diese Erfüllung des Schuldverhältnisses und nicht das Schuldverhältnis selbst, ein aus ihm erwachsener Anspruch oder ein an dem Anspruch bestehendes Forderungsrecht. Und Fehlen des Rechtsgrundes der Bereicherung ist Fehlen der Erfüllung des Schuldverhältnisses, nicht des Schuldverhältnisses selbst oder eines Anspruchs oder eines Forderungsrechts. Nicht also besteht, wie unscharf immer wieder gesagt wird, das Schuldverhältnis auch nach Eintritt der Erfüllung als Rechtsgrund der Bereicherung fort[104]. Rechtsgrund der Bereicherung ist vielmehr die Erfüllung des fortbestehenden Schuldverhältnisses[105], wobei im übrigen gleichgültig ist, ob das Schuldverhältnis schon vor der Leistung bestanden hatte, zusammen mit der Leistung begründet worden oder auch erst nach der Leistung wirksam zustandegekommen ist. Auf diese Weise steht und fällt dann freilich ein solcher Rechtsgrund mit dem Schuldverhältnis, das in seinem Bestand zwar, wie gesagt, eben nicht von der Erfüllung, wohl aber von seinem Geltungsgrund abhängig bleibt.

Der hier beschriebene, gerade bereicherungsrechtlich so bedeutsame "Erfüllungsmechanismus"[106] tritt besonders klar bei den sogenannten Dauerschuldverhältnissen in Erscheinung. Denn sie tragen schon von vornherein die Bestimmung ihrer späteren, von ihrer endgültigen Beendigung wieder zu unterscheidenden Auflösung in sich, mit welcher der mit der Invollzugsetzung des Schuldverhältnisses zunächst

104) Oben zu Note 87.

105) Oben zu Note 94 und 95.

106) Esser, Schuldrecht § 189, 1.

gegebene Rechtsgrund der Bereicherung nachträglich wieder entfällt. Im Prinzip liegen diese Dinge jedoch für alle Schuldverhältnisse gleich. Daß demnach § 362 Abs. 1 BGB nicht mißverstanden werden darf, weil sich das dort genannte "Erlöschen" auf den einzelnen Anspruch und, wie man weiter unterscheiden müssen, ein an diesem bestehendes Forderungsrecht, nicht aber auf das umfassende Schuldverhältnis bezieht, ist heute ausgetragen[107]. Bereicherungsrechtlich gesehen ist darüber hinaus aber eben auch die Möglichkeit mit einzubeziehen, daß sich dieses Schuldverhältnis auch nach schon einmal eingetretener Erfüllung noch zu wandeln vermag und daß dadurch die Erfüllung wieder ein Ende findet.

Im übrigen verdient noch ein weiterer Punkt besonders hervorgehoben zu werden. Nach herrschender Auffassung kann man überall dort, wo es an einem vom Gläubiger durchsetzbaren Anspruch fehlt, von einem Schuldverhältnis und damit auch wieder von dessen Erfüllung nicht sprechen. Wo eine ohne einen dahingehenden Anspruch durch eine Leistung erlangte Bereicherung trotzdem endgültig sein soll, wird als deren Rechtsgrund statt des Schuldverhältnisses ein "bloßer Behaltensgrund" ("causa retinendi") angenommen, der auch als "reiner" Rechtsgrund bezeichnet wird[108]. Hält man jedoch das Schuldverhältnis und den Anspruch eines Beteiligten aus dem Schuldverhältnis (und ein dem Gläubiger zustehendes Forderungsrecht an einem solchen Anspruch) richtig auseinander und berücksichtigt man, daß mit der Leistung nicht der einzelne Anspruch, sondern das Schuldverhältnis erfüllt wird, entfällt auch die Rechtfertigung dieser nur wieder neue Unsicherheiten heraufbeschwörenden Unterscheidung. Denn dann ist man, mögen hinsichtlich der "Seriosität"[109] des Geltungsgrundes des Schuldverhältnisses auch Abstufungen zu beobachten sein, nicht gehindert, einen ein-

107) Vgl. etwa BGHZ 10, 391 (395) (oben Note 93).

108) Dazu vor allem Siber JhJ 70, 230 ff. und eingehend Krawielicki, Grundlagen 159 ff., 182 ff. Larenz, Schuldrecht II § 62 I a (366) unterscheidet "Schuldverhältnis" und "Rechtsgrundabrede".

109) Zweigert JZ 1964, 349 ff.

heitlichen Begriff des auf Rechtsgeschäft, Gesetz oder Hoheitsakt oder auch nur auf Konvention, Sitte und Anstandsrücksichten beruhenden Schuldverhältnisses auch dort noch zugrundezulegen, wo dieses mit keinem erzwingbaren oder überhaupt keinem Anspruch eines Beteiligten bewehrt ist[110]. Entsprechend weit ist auch der Begriff der Erfüllung und damit auch der Begriff des Rechtsgrundes der Leistungsbereicherung zu fassen, der ebensowenig wie in einem "bloßen Behaltensgrund" in einem Schuldverhältnis als solchem gesehen, vielmehr immer nur als die Erreichung des Leistungszwecks in der Erfüllung eines Schuldverhältnisses aufgefaßt werden kann[111]. Gleichviel, ob es zwar, wie nach dem Eintritt der Verjährung, nach wie vor einen Gläubiger gibt, der sich mit seinem Anspruch gegen den Schuldner nur nicht mehr durchzusetzen vermag, oder aber ob, wie beim Handgeschäft, bei der Leistung nachfolgender Begründung der Schuld, bei erst durch die Leistung bewirkter Heilung der Unwirksamkeit des mit einem Formmangel behafteten Vertrages oder bei Spiel und Wette oder einem bloßen Gefälligkeitsverhältnis, ein auf Erfüllung gerichteter Anspruch schon von vornherein überhaupt nicht vorhanden ist: Immer ist auch insoweit Leistungszweck nur die Herbeiführung der Erfüllung, Rechtsgrund der Bereicherung die Erfüllung und Fehlen des Rechtsgrundes das Ausbleiben oder der Wegfall der Erfüllung eines Schuldverhältnisses.

bb) Die eigentlichen Schwierigkeiten aber liegen, wie erwähnt, in der Bestimmung der Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, damit man die Erfüllung des Schuldverhältnisses als eingetreten betrachten kann.

Einigkeit besteht hier im wesentlichen nur insoweit, daß jedenfalls so, wie nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses geschuldet, das Leistungsverhalten vollzogen und der durch dieses Verhalten bewirkte

110) Zu dieser weiten Fassung des Begriffs "Schuldverhältnis" vor allem E. Wolf, Festg. Herrfahrdt 197 ff. Vgl. auch H.P. Westermann, causa 214.

111) Zu der erforderlichen Ausweitung des Begriffs der "Erfüllung" treffend Barnstedt, Rechtsgrundlosigkeit 26. Vgl. auch Krawielicki, Grundlagen 182.

Leistungserfolg eingetreten sein muß. Das hat unlängst erst Wieacker[112] noch einmal bekräftigt. Als in hohem Maße problematisch wird dagegen seit jeher empfunden, wie man sich die notwendige, vom Gesetzgeber[113] bewußt unbeantwortet gelassene Bezugsetzung von Leistungshandlung und Leistungserfolg zu eben demjenigen Schuldverhältnis vorzustellen hat, das mit ihnen seine Erfüllung finden soll.

Nach einer Ansicht erfordert diese Bezugsetzung neben Leistungsverhalten und Leistungserfolg noch einen besonderen Erfüllungsvertrag zwischen dem Leistenden, also regelmäßig dem Schuldner, und dem Gläubiger als dem Empfänger. In dem Vertrag liegt eine vereinbarte, also zweiseitige Erfüllungs- oder Tilgungsbestimmung. Diese "Vertragstheorie" ist vorwiegend in der älteren Lehre anzutreffen[114]. Sie wird aber, wennschon abgeschwächt, so doch wenigstens dem Grundsatz nach auch heute noch vertreten[115].

Der Vertragstheorie steht schon seit langem[116] die noch immer herrschende[117] "Theorie des realen Tilgungsaktes" gegenüber. Hiernach bedarf die Bezugsetzung keines besonderen Dazutuns auch nur eines der Beteiligten. Sie soll vielmehr schon allein dadurch gewährleistet sein, daß Leistungshandlung und Leistungserfolg oder, wie wir sagen, Leistung und Zuwendung dem Schuldinhalt entsprechen. Nur müsse diese Entsprechung äußerlich erkennbar sein.

Unter dem Einfluß der neueren Bereicherungsdogmatik befindet sich heute schließlich die "Theorie der einseitigen Erfüllungsbestim-

112) Oben Note 71.
113) Motive II 81.
114) Lent, Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse (1907) 7 ff.; v. Tuhr, Allgemeiner Teil II 2 § 72 II 1, III (82); Kreß, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts (1929) § 20, 1.
115) Fikentscher, Schuldrecht § 38 II 5 und 6.
116) Kretschmar, Die Erfüllung (1906); insbes. 94 ff.; Boehmer, Erfüllungswille, insbes. 44; Leonhard, Schuldrecht I § 301; Heck, Schuldrecht §§ 55, 1; 57, 1; Siber, Schuldrecht § 31 I 2; Krawielicki, Grundlagen 79 ff., 121 ff.
117) Statt aller übrigen: Larenz, Schuldrecht I § 26 I; v. Caemmerer, Festschr. Dölle I 141; H.P. Westermann, causa 104.

mung" im Vordringen[118], die ebenfalls schon Vorläufer in der älteren Lehre hat[119]. Ihr zufolge ist für die zum Eintritt der Erfüllung erforderliche Bezugsetzung von Leistung und Zuwendung auf der einen und Schuldverhältnis auf der anderen Seite wiederum eine besondere, jedoch nur einseitig vom Leistenden vorgenommene Erfüllungs- oder Tilgungsbestimmung notwendig und ausreichend. Dieselbe einseitig vom Leistenden ~~einseitig~~ getroffene, den Leistungszweck konkretisierende Bestimmung hatten wir Leistungsbestimmung genannt.

cc) Die Vertragstheorie ergänzt die vom Leistenden in Verfolgung des Leistungszwecks getroffene Leistungsbestimmung zu einer über Leistungszweck und Leistungsbestimmung herbeizuführenden Einigung mit dem Gläubiger. Auf diese Weise gelangt sie zu dem von ihr für die Bezugsetzung von Leistung und Zuwendung zum Schuldverhältnis geforderten besonderen Erfüllungsvertrag, der von einem für das Zustandekommen der Zuwendung als solcher etwa notwendigen Vertrag zwischen den Beteiligten zu unterscheiden ist. Die Erfüllung des Schuldverhältnisses tritt also nur ein, wenn sich beide Beteiligten darüber geeinigt haben, daß die Leistung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses und gerade des von ihnen einverständlich näher bestimmten Schuldverhältnisses dienen soll. Wenn damit auf Seiten des Gläubigers eine Annahme als Erfüllung verlangt wird, liegt dem die noch auf die Gleichsetzung von Schuldverhältnis, Anspruch und Forderungsrecht zurückgehende Vorstellung zugrunde, daß der Gläubiger mit der Ausübung seines Anspruchs, die durch die Erfüllung des Schuldverhältnisses zum Untergang seines Forderungsrechts führt, über das Forderungsrecht verfügt. In ihrer konstruktiven Bestätigung stützt sich diese Ansicht auf die schon angeführte, aus dem gemeinen Recht übernommene Klassifikation der "causae". Denn dort steht die "causa solvendi"

---

118) So schon Barnstedt, Rechtsgrundlosigkeit 38 ff. und jetzt vor allem Thomä JZ 1962, 625 ff. Jedenfalls in der Sache ebenso Scheyhing AcP 157, 377 und dort FN. 31, 386/7; weiter Zeiß JZ 1963, 8 ff., der die Notwendigkeit eines Annahmewillens des Gläubigers zwar offenläßt, tatsächlich aber das Gewicht ganz auf die einseitige Erfüllungsbestimmung durch den Leistenden legt.

119) Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers, JhJ 43 (1901) 141 (212). Weitere Nachweise bei Boehmer, Erfüllungswille 75 ff. und Barnstedt aaO 38 FN. 18.

neben der "causa donandi" und "causa credendi" oder "acquirendi", so daß der Schluß naheliegt, daß sie auch die vertragliche Natur dieser anderen "causae" teilt. Im Gesetz findet man hierfür vor allem bei §§ 362 Abs. 2, 363 und 364 Abs. 1 BGB einen gewissen äußeren Anhalt.

Der Gedanke einer zu den Voraussetzungen der Erfüllung zu rechnenden Verfügung des Gläubigers über ein ihm zustehendes Forderungsrecht, das mit der Ausübung des Anspruchs untergeht, tut jedoch weder der modernen Auffassung vom Schuldverhältnis selbst noch der notwendigen Differenzierung zwischen Schuldverhältnis, Anspruch aus dem Schuldverhältnis und an diesem Anspruch bestehendem subjektivem Forderungsrecht Genüge. Rücken wir uns noch einmal die schon dargestellten Wirkungen der Erfüllung vor Augen: Erbringt der Schuldner oder an seiner Statt ein Dritter mit der Leistung dem Gläubiger die geschuldete Zuwendung, trägt er zur Verwirklichung der im Schuldverhältnis Schuldner und Gläubiger gleichermaßen gegebenen Ordnung bei. Wenn nunmehr diese Ordnung insoweit saturiert ist und deshalb keinen entsprechenden Erfüllungsanspruch des Gläubigers gegen den Schuldner mehr zeitigt, ist das nicht mehr als eine reine Folgeerscheinung der Leistung. Dasselbe gilt erst recht auch für den mit dem Erlöschen des einzelnen Erfüllungsanspruchs verbundenen Untergang eines an diesem Anspruch bestehenden Forderungsrechts des Gläubigers. Dann aber ist es dogmatisch verfehlt, hier von einer Verfügung des Gläubigers über sein Recht zu sprechen[120].

In praktisch den meisten Fällen werden die Beteiligten rein tatsächlich betrachtet durchaus übereinstimmende Vorstellungen darüber entwickeln, daß ein Schuldverhältnis und welches Schuldverhältnis durch die jeweilige Leistung erfüllt werden soll. Aber daraus darf man nicht auch rechtlich einen für den Eintritt der Erfüllung dieses Schuldverhältnisses konstitutiven Vertrag konstruieren. Denn indem man die beiderseitigen Vorstellungen auf solche Weise objektiviert, geht man über die finale Natur der Leistung, d.h. über den subjektiven

120) Gegen eine Deutung der Ausübung des Anspruchs durch Entgegennahme der Zuwendung als Verfügung über die Forderung auch: Siber, Schuldrecht § 31 I 2 b; Larenz, Schuldrecht I § 26 I (316); Esser, Schuldrecht § 70, 7 e; Blomeyer, Schuldrecht § 38 II 1 c.

Charakter des vom Leistenden verfolgten Leistungszwecks und der von ihm getroffenen Leistungsbestimmung hinweg. Das mochte unbedenklich oder sogar selbstverständlich erscheinen, solange man es noch für gerechtfertigt halten konnte, die "causa solvendi" als nur eine "causa" unter gleichartigen anderen zu betrachten. Aber eben das läßt sich, wie schon dargelegt, in Anbetracht der notwendigen Scheidung von Begründung und Durchführung des Schuldverhältnisses nicht mehr halten. Denn mit dieser Scheidung sind zwar alle übrigen "causae" im objektiven Geltungsgrund des Schuldverhältnisses aufgegangen, der als Geschäftszweck in der Tat auch so gut wie immer vertraglich begründet wird, nicht aber auch die "causa solvendi". Die "causa solvendi" hat vielmehr mit einer solchen "causa obligandi" gerade nichts zu tun, sondern nährt sich nur einseitig aus dem auf die Herbeiführung der Erfüllung eines konkreten Schuldverhältnisses zielenden, subjektiven Willen des Leistenden. Oder noch einmal anders ausgedrückt: Was den Leistungszweck und die Leistungsbestimmung gegen den Geschäftszweck abhebt, ist, daß der Leistungswille im Gegensatz zum Verpflichtungswillen nicht objektiviert wird, sondern seine finale Struktur behält. Das aber wird übersehen, wenn man auch Leistungszweck und Leistungsbestimmung in einen Vertrag hineinzuzwängen bemüht ist, und heißt nur einem freilich "klassischen" Einteilungsschema verhaftet bleiben, das der nach geltendem Recht unabdingbaren Differenzierung des alten Kausabegriffs längst nicht mehr standhält.

Abgesehen davon, daß der Gesetzgeber zu den Voraussetzungen der Erfüllung selbst gar nicht hat Stellung nehmen wollen, ist im übrigen den §§ 362 Abs. 2, 363, 364 Abs. 1 BGB auch objektiv betrachtet ein konstruktiver Beleg für einen besonderen Erfüllungsvertrag in Wahrheit nicht zu entnehmen. Die Vorschrift des § 362 Abs. 2 BGB sagt nur, daß wenn das Schuldverhältnis auf die Leistung an einen als Empfänger an die Stelle des Gläubigers tretenden Dritten umgestellt und damit in eine Deckungsschuld umgewandelt werden soll, eine solche Schuldänderung selbstverständlich nicht über den Kopf des Gläubigers hinweg zwischen Schuldner und Drittem vorgenommen werden kann,

sondern die Zustimmung des Gläubigers notwendig macht[121]. Über die Erfordernisse der Erfüllung des in dieser Weise geänderten Schuldverhältnisses jedoch gibt die Vorschrift keine Auskunft. Entsprechend liegt es bei der Annahme an Erfüllungs Statt nach § 364 Abs. 1 BGB. Auch insoweit geht das Gesetz nur auf eine - hier zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger unmittelbar selbst auszuhandelnde - Änderung der ursprünglichen Schuld[122] ein, nicht aber auf irgendwelche für die Erfüllung dieses Schuldverhältnisses notwendigen Voraussetzungen. Wenn schließlich in § 363 BGB von einer Annahme als Erfüllung gesprochen wird, handelt es sich ebenfalls nicht um eine materiellrechtliche Vorbedingung für den Eintritt der Erfüllung. Die Vorschrift gibt nur eine allein prozeßrechtlich bedeutsame Regelung der Beweislast für den Fall, daß der Gläubiger das Empfangene tatsächlich schon einmal als Erfüllung hatte gelten lassen[123].

Hiernach kann eine in den Rahmen eines besonderen Erfüllungsvertrages unter den Beteiligten einzuordnende Annahme als Erfüllung sei-

121) Dieses Moment der Änderung des Schuldinhalts wird vor allem bei Blomeyer aaO I 2 b zutreffend betont. Demgegenüber bedarf es zur Erklärung von § 362 Abs. 2 BGB nicht der Konstruktion einer nach Verfügungsgrundsätzen zu beurteilenden besonderen "Empfangszuständigkeit", wie dies vor allem Siber aaO und Larenz aaO sowie dort II 1 vorschlagen. Wird der Gläubiger entmündigt oder fällt er in Konkurs, ergibt sich schon einfach aus dem Inhalt des dadurch geänderten Schuldverhältnisses, daß nunmehr nur noch an den gesetzlichen Vertreter bzw. an den Konkursverwalter mit befreiender Wirkung gezahlt werden kann. Eine entsprechende Inhaltsänderung kommt auch durch ein Rechtsgeschäft zwischen Schuldner und Drittem zustande, dem der Gläubiger zustimmt. Wenn das Gesetz in § 362 Abs.2 hinsichtlich dieser Zustimmung auf § 185 BGB verweist, liegt dem noch die im Text zur vorigen Note abgelehnte Vorstellung zugrunde. Nach heutiger Einsicht kann in § 362 Abs. 2 jedenfalls nur eine analoge Anwendung von § 185 gemeint sein, die einen Schluß auf ein nach Verfügungsgrundsätzen zu behandelndes Substrat nicht zuläßt. Erst recht darf dieser Gedanke nicht auch über § 362 Abs. 2 BGB hinaus verallgemeinert werden.

122) So mit Recht Blomeyer aaO III 2 a; Esser, Schuldrecht § 72, 3. Zweifelnd Larenz aaO § 27 I (320) m.w.Nachw. Die dort geäußerten Bedenken sind überwindbar, sofern man nur wieder das (der vertraglichen Änderung unterworfene) Schuldverhältnis, den aus diesem erwachsenen Erfüllungsanspruch und ein an dem Anspruch bestehendes Forderungsrecht klar unterscheidet.

123) Esser aaO § 70, 5; Larenz aaO § 26 I (316/7).

tens des Gläubigers nicht als rechtliche Voraussetzung der Erfüllung anerkannt werden. Für die Bezugsetzung von Leistung und Zuwendung zum Schuldverhältnis läßt sich vielmehr über die Konkretisierung des vom Leistenden verfolgten Leistungszwecks durch die allein vom Leistenden getroffene Leistungsbestimmung nicht hinausgehen. Mit Recht ist auch immer wieder darauf aufmerksam gemacht worden, daß das Erfordernis einer Annahme als Erfüllung, jedenfalls bei den "tatsächlichen", in einem Handeln oder, und hier besonders, einem Unterlassen bestehenden Leistungen, einfach lebensfremd wirken muß[124]. Die Erfüllungsannahme zumindest doch bei im Wege eines Vertrages zu vollziehenden "rechtsgeschäftlichen" Leistungen zu fordern[125] vermag ebenfalls nicht zu überzeugen. Denn einmal wird damit die Einheitlichkeit des "Erfüllungstatbestandes" preisgegeben, was ganz sicher unbefriedigend bleibt[126]. Vor allem liegt darin aber auch eine eindeutige Überschätzung der Mitwirkung des Gläubigers beim Zustandekommen des Leistungserfolges. Wer übereignet bekommen soll, braucht sich die beabsichtigte Zuwendung nicht aufdrängen zu lassen. Darin allein erschöpft sich aber auch die Tragweite dieses Mitwirkungserfordernisses, das im übrigen bei jeder Leistung durch ein "tatsächliches" Handeln oder Unterlassen bereits von vornherein ganz fehlt und schon darum nicht überbewertet werden darf. Selbst wo der Gläubiger bei einer "rechtsgeschäftlichen" Leistung die Zuwendung darüber hinaus ausdrücklich "als Erfüllung annimmt", kommt dem materiellrechtlich keine Bedeutung zu. Die Leistungsbestimmung verbindlich zu treffen kann allein demjenigen zustehen, der das für die Leistung erforderliche Opfer bringt: Die Erfüllung des Schuldverhältnisses tritt so ein, wie er es vorgesehen hat. Nur auf diese Weise kommt man auch um die unhaltbare Konsequenz herum, daß der Gläubiger die Zuwendung als solche annimmt, es jedoch mit

---

124) Statt aller: Larenz aaO § 26 I (316).

125) Diese Mittelmeinung wird von Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 60 II vertreten.

126) Wieder statt aller übrigen: Larenz aaO § 26 I (316).

Erfolg ablehnt, sie als Erfüllung gelten zu lassen[127]. Und auch wer zwei gleichartige Sachen sowohl kauf- als auch schenkweise schuldet, kann, sofern der Gläubiger nur überhaupt eine von ihnen zu Eigentum annimmt, als der opfernde Teil allein und deshalb selbst gegen den Widerspruch des Empfängers festlegen, ob damit die Kauf- oder die Schenkungsschuld ihre Erfülllung finden soll[128]. Hält

127) Dagegen mit Recht vor allem schon Boehmer, Erfüllungswille 62, der diese Konsequenz "ungeheuerlich" nennt. Die Vertragstheorie muß hier die Erfüllung leugnen und einen Annahmeverzug des Gläubigers konstruieren, obwohl die beispielsweise in einer Übereignung bestehende Leistung schuldgemäß bewirkt worden ist; so heute noch Fikentscher, Schuldrecht § 38 II 5. An der dabei unterlaufenden Überschätzung der Tragweite der Mitwirkung des Erwerbers leidet aber auch die in das andere Extrem schlagende Lösung von Esser, Schuldrecht § 70, 7 a bis c und Flume, Allgemeiner Teil § 12 III 5 c, wonach bei fehlender Einigung über den Erfüllungszweck schon das Eigentum nicht übergeht.

Auch im Hinblick auf die Leistung bei beschränkter Geschäftsfähigkeit des Gläubigers - seit jeher Prüfstein der Erfüllungslehre - ist die Annahme als Erfüllung durch den Gläubiger oder seinen gesetzlichen Vertreter zu entbehren. Für den Eintritt der Erfüllung kommt es darauf an, ob an den Gläubiger selbst oder an seinen gesetzlichen Vertreter zu leisten ist. Das aber ist allein eine Frage des Schuldinhalts, die nach der Lage des konkreten Falles unterschiedlich zu beantworten ist: Für den 20jährigen Gläubiger einer Forderung über 5 DM gilt etwas anderes als für den 8jährigen Gläubiger einer Forderung über 10.000 DM; dazu treffend Heck, Schuldrecht § 57, 8. Wo also der beschränkt geschäftsfähige Gläubiger, da für ihn lediglich vorteilhaft, das Eigentum erwirbt und dennoch die Erfüllung ausbleibt, hat das seinen Grund nicht darin, daß er eine Annahme als Erfüllung nicht wirksam erklären könnte (so jedoch Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 60 I, II 3; Fikentscher aaO § 38 II 6 c) oder weil es an seiner dogmatisch gesondert zu fassenden "Empfangszuständigkeit" fehlte (so Larenz aaO § 26 I (317 FN. 1); Esser aaO § 70, 7 e; Blomeyer, Schuldrecht § 38 II 1 c; dagegen schon oben Note 121). Die Ursache ist vielmehr, daß die Prüfung des Schuldinhalts im konkreten Fall ergibt, daß (was sachlich mit der sog. Empfangszuständigkeit auch gemeint ist) nur die Leistung an den gesetzlichen Vertreter als schuldgemäß betrachtet werden kann: So im Beispiel des 8jährigen Gläubigers. Im Gegenbeispiel mit dem 20jährigen tritt die Erfüllung dagegen durchaus ein. Nicht möglich ist es, in diesen Fällen schon den Eigentumserwerb scheitern zu lassen, weil der Eigentumserwerb oder jedenfalls das "Gesamtgeschäft" wegen des Forderungsverlusts für den Erwerber nachteilig sei (so jedoch Barnstedt, Rechtsgrundlosigkeit 43/4; H.P. Westermann, causa 104/5). Denn das läuft, vom Abstraktionsgrundsatz ganz abgesehen, nur wieder auf eine Wiederbelebung der These hinaus, die Entgegennahme der Zuwendung in Ausübung des Anspruchs wirke für den Gläubiger als Verfügung über sein Forderungsrecht.

128) Vgl. Larenz aaO § 26 I (315/6).

man dem entgegen, man könne dem Gläubiger sein Forderungsrecht nicht durch eine Handlung des Schuldners nehmen, die er nur mit einer anderen Zweckbestimmung annehmen wolle[129], so ist das wieder unzulässig vom Forderungsrecht statt vom Schuldverhältnis her gedacht. Ein Forderungsrecht steht ihm nur zu, solange das Schuldverhältnis, unter dessen übergreifender Bindung auch er steht, einen Anspruch erzeugt, der den Gegenstand des Rechts bilden kann. Nur dieser Standpunkt ist zudem mit der Vorschrift des § 366 Abs.1 BGB bruchlos in Einklang zu bringen.

Aus denselben Gründen kann man eine Annahme als Erfüllung seitens des Gläubigers auch nicht in der Weise fordern, daß man eine Einigung über den konkreten Leistungszweck zwar nicht als einen besonderen Erfüllungsvertrag betrachtet, sie jedoch zum Bestandteil der sachenrechtlichen Einigung über den Eigentumsübergang erhebt[130]. Sind sich Veräußerer und Erwerber über den Übergang des Eigentums als solchen einig, kommt die Übereignung bereits zustande. Sie scheitert also nicht etwa noch wegen Dissenses deshalb, weil, um bei dem zuletzt genannten Beispiel zu bleiben, der Veräußerer sie auf den Kauf, der Erwerber sie dagegen auf die Schenkung angerechnet sehen möchte[131]; der Erfüllung der Kaufschuld gemäß der einseitig vom Veräußerer getroffenen Leistungsbestimmung steht nichts im Wege[132]. Auch wo die Leistung eine Weiterbildung zum Leistungsvertrag erfahren hat, ist dieser Vertrag somit im Gegensatz zum Verpflichtungsvertrag nicht voll symmetrisch strukturiert. Das hat nichts mit dem Abstraktionsprinzip zu tun, sondern beruht darauf, daß sich dogmatisch nur eine Mitwirkung des Erwerbers beim Zustandekommen des in

129) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 60 FN. 10.

130) Das tun Esser, Schuldrecht § 70, 7 a bis c und Flume, Allgemeiner Teil § 12 III 5 c; dazu schon oben Note 127. Vgl. auch Fikentscher, Schuldrecht § 38 II 5.

131) So aber Esser aaO 7 b und Flume aaO 5 c a.E.

132) Daß es für die Übereignung und die Erfüllung des Schuldverhältnisses genügt, wenn der Gläubiger die ihm angebotene Sache "zu Eigentum" annimmt, statt aller übrigen Larenz, Schuldrecht I § 26 I (315/6) (oben Note 128).

der Zuwendung liegenden Leistungserfolges, nicht aber auch eine Mitwirkung bei der Konkretisierung des Leistungszwecks begründen läßt. Immer nur der Leistende allein entscheidet, welches Schuldverhältnis mit seinem Opfer erfüllt werden soll, mag die Erfüllung dann tatsächlich eintreten oder ausbleiben. Auf eine Annahme als Erfüllung seitens des Gläubigers kommt es dagegen unabhängig davon nicht an, ob er am Zustandekommen der Zuwendung mitwirken muß oder nicht.

dd) Nach der Theorie des realen Tilgungsakts werden Leistungshandlung und Leistungserfolg mit dem zu erfüllenden Schuldverhältnis schon durch ihre Übereinstimmung mit dem Schuldinhalt als solche verknüpft. Darüber hinaus soll es eines besonderen Dazutuns auch nur eines der Beteiligten nicht bedürfen. Damit will man sagen, daß nicht nur einer Annahme als Erfüllung durch den Gläubiger, sondern auch dem das Verhalten des Leistenden tragenden Leistungswillen, oder genauer dem vom Leistenden verfolgten Leistungszweck und dessen Konkretisierung durch die vom Leistenden getroffene Leistungsbestimmung, keine konstitutive Wirkung für den Eintritt der Erfüllung zukommt.

Aber auch so schießt man wieder über das Ziel hinaus. Das zeigt schon von vornherein das einschränkende Zugeständnis, die Entsprechung von Leistung und Zuwendung auf der einen und Schuldverhältnis auf der anderen Seite müsse immerhin äußerlich erkennbar sein. Denn wo sich eine solche Entsprechung auch unter Zuhilfenahme des den Schuldinhalt näher präzisierenden Parteiwillens und ergänzenden Rechts nicht eindeutig feststellen läßt, muß man sie doch wieder durch die vom Leistenden getroffene Leistungsbestimmung kenntlich und damit das Urteil über die Verwirklichung des "Obligationsprogramms"[133] von eben dieser Leistungsbestimmung abhängig machen. Derartige Fälle ergeben sich beispielsweise, wenn ein Dritter für den Schuldner an den Gläubiger leistet (§ 267 BGB) und eine Abgrenzung zur Leistung auf eigene Schuld notwendig wird[134]. Auch bei Geldzahlungen sind

133) Heck, Schuldrecht § 55, 1.

134) Statt aller übrigen: Krawielicki, Grundlagen 81; v. Caemmerer, Festschr. Dölle I 141/2.

sie häufig, wie beispielsweise dann, wenn ein Bankkunde seine Einzahlung statt auf seinen Debetsaldo auf die Deckung eines anstehenden Wechsels verrechnet sehen möchte; das muß er durch eine entsprechende Leistungsbestimmung auch erreichen können[135]. Außerdem wird dem Schuldner vor allem zugebilligt, durch seine Erklärung auch gegen den Willen des Gläubigers die Erfüllung eines Schuldverhältnisses auszuschließen und statt dessen ein anderes Schuldverhältnis als das zu erfüllende zu bestimmen[136].

Aber mehr noch, in Wirklichkeit geben diese "Ausnahmen" nur die auch in § 366 Abs. 1 BGB in Erscheinung tretende Regel wieder: Immer und überall ist es erst die den Leistungszweck konkretisierende und in aller Regel schon mit dem Leistungsverhalten zusammen vorgenommene Leistungsbestimmung oder, wie man in der Erfüllungslehre herkömmlicherweise sagt, die Erfüllungs- oder Tilgungsbestimmung seitens des Leistenden, kraft deren die erforderliche Bezugsetzung von Leistung und Zuwendung zum Schuldverhältnis vollends zustandekommt[137]. Nicht allein, daß man Leistungszweck und Leistungsbestimmung um der finalen Natur der Leistung willen rein tatsächlich nicht übergehen kann. Auch rechtlich gesehen heißt es die Dinge auf den Kopf stellen, wenn man sie in ihrer Bedeutung für die Erfüllung des Schuldverhältnisses im Grundsatz ignoriert, um sie überall dort, wo sie nicht ohnehin klar zutage liegen, für wiederum dieselbe Erfüllung ausschlaggebend sein zu lassen. Statt dessen muß man davon ausgehen, daß der Inhalt des Schuldverhältnisses Leistungsverhalten und Leistungserfolg, also die Leistung und die Zuwendung zusammen genommen erfaßt[138]. Von einer Erfüllung des Schuldverhältnisses, und das bedeutet die Verwirklichung des Schuldverhältnisses in der ganzen Breite der in ihm angelegten Ordnung, kann darum nur dort die Rede sein, wo die die Zuwendung bewirkende Leistung auch für sich genommen der Schuld gemäß vollständig vorliegt. Eine solche Leistung ist aber eben, und

135) Dazu vor allem Blomeyer, Schuldrecht § 38 II 1 b, der sonst der Theorie des realen Tilgungsaktes folgt.
136) Hierüber nur wieder Larenz, Schuldrecht I § 26 I (317) und v.Caemmerer, Festschr. Dölle I 141.
137) So mit Recht die oben Note 118 und 119 genannten Vertreter der Theorie der einseitigen Erfüllungsbestimmung.
138) Oben zu Note 71 und 112.

das hebt sie gegen einen bloßen Verzicht ab, Leistung nur durch den vom Leistenden verfolgten und dessen Leistungsverhalten final überdeterminierenden Leistungszweck. Und der Schuld gemäß vollständige Leistung ist sie erst durch die Abstimmung des Leistungszwecks auf das gerade mit dieser Leistung zu erfüllende Schuldverhältnis vermöge der vom Leistenden getroffenen, den Leistungszweck konkretisierenden Leistungs-(Erfüllungs-, Tilgungs-)Bestimmung.

Dieses finale Moment bei der rechtlichen Erfassung der dem Eintritt der Erfüllung vorausliegenden Vorgänge zu verdrängen rächt sich denn auch in eigentümlicher Weise: Versucht man das Erfüllungsurteil unabhängig von der einseitig vom Leistenden vorgenommenen Leistungsbestimmung zu treffen, wird man im Zweifelsfall immer wieder auf den Parteiwillen zurückzugreifen sich genötigt sehen, wie er sich im vereinbarten Geschäftszweck des Schuldverhältnisses niedergeschlagen hat. Sofern nun vollends nicht wirklich in aller Schärfe Begründung und Durchführung des Schuldverhältnisses auseinandergehalten werden, stößt man alsbald nur wieder auf eine Einigung der Beteiligten über Leistungszweck und Leistungsbestimmung. Deren Erforderlichkeit soll die hier bekämpfte Ansicht aber ja gerade widerlegen[139]. Hebt man statt dessen zutreffend auf die Leistungsbestimmung ab, so ist, was die geschilderten, vermeintlichen Ausnahmen von den Regelfällen unterscheidet, nicht mehr, als daß normalerweise das zu verwirklichende Schuldverhältnis eindeutig festliegt und die Leistungsbestimmung vom Leistenden dann nur konkludent getroffen zu werden

139) So besonders deutlich etwa v. Caemmerer, Festschr. Dölle I 141: Er wendet sich zwar gegen das zur Erfüllung notwendige Erfordernis einer besonderen Bezugsetzung von Leistung und Zuwendung zu dem zu erfüllenden Schuldverhältnis. Die Bezugsetzung sei bei der Durchführung eines Schuldvertrages vielmehr diesem zu entnehmen. Zugleich aber wird die "Bestimmung des Rechtsgrundes der Leistung" als ein "wesentlicher, nicht wegzudenkender Teil der schuldrechtlichen Parteiautonomie" angesprochen (aaO, ebenso Festschr. Rabel I 351/2 und JZ 1962, 386). Damit ist man bei einer Einigung über Leistungszweck und Leistungsbestimmung angelangt, die mit der Vereinbarung des Geschäftszwecks des Schuldverhältnisses unrichtig in eins gesetzt wird.

braucht[140]. Es ist also auch von hier aus betrachtet nicht erforderlich, die Einheitlichkeit des Erfüllungstatbestandes zu sprengen. Dem steht auch die Vorschrift des § 366 Abs. 2 BGB nicht entgegen. Denn gerade weil eine solche Leistungsbestimmung unentbehrlich ist, muß für den Fall ihres Fehlens vorgesorgt und ein Ersatz für sie geschaffen werden.

Die Lehre vom realen Tilgungsakt ist nach alledem heute nur noch als eine überzogene Reaktion auf die Übertreibungen der Vertragstheorie zu verstehen. Auf die lebensfremde Voraussetzung einer Erfüllungsannahme durch den Gläubiger folgte der ebenso lebensfremde Versuch, den Leistungswillen des Schuldners in seiner Bedeutung für die Erfüllung nach Kräften herunterzuspielen. Die Wahrheit liegt in der Mitte: Leistungszweck und Leistungsbestimmung lassen sich nicht verleugnen. Immer erst die Konkretisierung des vom Leistenden verfolgten Leistungszwecks in der allein vom ihm getroffenen Leistungsbestimmung ist es, die den mit Recht geforderten erkennbaren Bezug von Leistung und Zuwendung zum Schuldverhältnis herstellt und dadurch das Urteil der Erfüllung über das Schuldverhältnis vollends zu fällen erlaubt. Das gilt auch dann, wenn sie, wie in aller Regel, in der schon von vornherein mit Selbstverständlichkeit erwarteten Richtung vorgenommen und deshalb nur schlüssig bekundet wird. Im übrigen trifft die hier geübte Kritik die Theorie des realen Tilgungsakts zwar in der Sache, nicht jedoch auch in der Form: Wenn es für den Eintritt der Erfüllung allein der Übereinstimmung von Leistung und Zuwendung mit dem Schuldverhältnis und nicht auch eines darüber hinausgehenden Dazutuns auch nur eines Beteiligten bedürfen soll, ist das formal gesehen völlig richtig. Man hat nur hinzuzufügen, daß diese Übereinstimmung erst erreicht ist, wenn auch die Leistungsbestimmung vorliegt. Denn Leistungszweck und Leistungsbestimmung stehen nicht gesondert neben der mit der Zuwendung zusammen geschuldeten Leistung, sondern sind schon deren integrierende Bestandteile.

---

140) Thomä JZ 1962, 626; Zeiß JZ 1963, 9. In gleicher Richtung Scheyhing AcP 157, 377.

e) Umgekehrt wird die Theorie der einseitigen Erfüllungsbestimmung den Voraussetzungen für den Eintritt der Erfüllung wenn nicht in der Form, so doch in der Sache gerecht. Denn hier hat man ja gerade zutreffend erkannt, daß die erforderliche Bezugsetzung von Leistung und Zuwendung einerseits und Schuldverhältnis andererseits zwar einer Annahme als Erfüllung durch den Gläubiger, nicht aber der den Leistungszweck konkretisierenden Leistungsbestimmung durch den Schuldner oder durch den für den Schuldner leistenden Dritten entraten kann. Wir müssen demgegenüber nur den Vorbehalt machen, daß Leistungszweck und Leistungsbestimmung nicht neben der die Zuwendung bewirkenden Leistung stehen, sondern, wie dargelegt, integrierende Bestandteile der Leistung selbst sind.

Wenn wir diesen Befund zunächst auf der Analyse des Inhalts des zu erfüllenden Schuldverhältnisses fußend zu begründen versucht haben, können wir uns nun auch der Bestätigung zuwenden, die er durch die schon erwähnte, im Anschluß an Kötter vollzogene Entwicklung des Leistungsbegriffs im modernen Bereicherungsrecht[141] findet. Von dort her nämlich gewinnen in der Nachfolge von Barnstedt[142] ~~mit~~ mit Scheyhing[143], Thomä[144] und Zeiß[145] die heutigen Verfechter der Theorie der einseitigen Erfüllungsbestimmung ihr entscheidendes Argument. Dabei bringen sie den funktionellen Zusammenhang von Bereicherungs- und Erfüllungslehre[146] voll zur Geltung: Ist Rechtsgrund der Leistungsbereicherung soviel wie die Erreichung des Leistungszwecks in der Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses, so ist auch unter Leistungsverhalten und Leistungserfolg, Leistung und Zuwendung, unabhängig davon dasselbe zu verstehen, ob man die Erfüllung des Schuldverhältnisses oder die be-

141) Oben Note 72, 82/3 und 86.

142) Rechtsgrundlosigkeit, insbes. 55.

143) So wenigstens in der Sache AcP 157, 376/7 und dort FN. 31, 382 FN. 46.

144) JZ 1962, 625/6.

145) JZ 1963, 8 ff., insbes. 10.

146) Zu diesem Zusammenhang auch Esser oben Note 106; vgl. weiter Baur/M.Wolf JuS 1966, 394/5.

reicherungsrechtliche Rückforderung der Zuwendung zum Ausgangspunkt der Betrachtung macht. Und beidemal sind Leistungswille und mit ihm Leistungszweck und Leistungsbestimmung dasselbe, nämlich der Erfüllungswille, die in §§ 813, 814 BGB auch ausdrücklich genannte Herbeiführung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses und die Erfüllungs- oder Tilgungsbestimmung. Vom Standort der älteren Bereicherungstheorie aus, die sich mit einer Definition der Leistung als dem bewußten und gewollten Bewirken der Zuwendung begnügt hat[147], mag der "reale Tilgungsakt" als solcher für die Erfüllung ausreichend erscheinen[148]. Der modernen bereicherungsrechtlichen Auffassung von der Leistung als wesensnotwendig zweckgerichtetem, finalem Verhalten[149] aber tut man bei der Beantwortung der Frage nach den Voraussetzungen der Erfüllung nur Genüge, wenn man Leistungszweck und Leistungsbestimmung mit hereinnimmt[150].

Unterstreichen wir diesen wichtigen, jedoch auch heute noch nicht immer gebührend gewürdigten Zusammenhang ein weiteres Mal[151]: Was den durch sein finales Moment charakterisierten Begriff der Leistung für die Erfüllung bedeutsam macht, ist die Tatsache, daß der Schuldinhalt außer dem Leistungserfolg auch schon das Leistungsverhalten, also die Leistung als solche, mit umfaßt. Der Schuldinhalt ist daher erst realisiert, wenn Leistungsverhalten und Leistungserfolg, Leistung und Zuwendung, vollständig vorliegen, wobei die Lei-

147) Oben Note 81.

148) Zu dem Bemühen, den Leistungsbegriff der älteren Bereicherungslehre mit der Erfüllungstheorie des realen Tilgungsaktes zu verbinden: Krawielicki, Grundlagen 1, 79 ff., 121 ff. Zustimmend v. Caemmerer, Festschr. Dölle 141 FN. 20.

149) Oben Note 83 und 86.

150) So die in Note 142 bis 145 Genannten. Siehe auch Note 146.

151) Wie notwendig das ist, zeigt sich beispielsweise bei v. Caemmerer, der (oben Note 148) auch heute noch glaubt, die Theorie des realen Tilgungsaktes mit dem auch nach seiner Ansicht (oben Note 83) bereicherungsrechtlich nicht zu umgehenden Zweckmoment im Leistungsbegriff vereinbaren zu können. In Wahrheit vermag er das nur deshalb durchzuhalten, weil er auch von der Theorie des realen Tilgungsaktes ausgehend unversehens doch wieder auf den Leistungszweck zurückkommt; dazu oben Note 139.

stung statt des Schuldners auch ein Dritter vollziehen und die Zuwendung statt aus dem Vermögen des Schuldners auch aus dem Vermögen eines Dritten hervorgehen kann. Die Leistung für sich genommen aber liegt vollständig erst dann vor, wenn der das Verhalten des Leistenden final überdeterminierende Leistungszweck seine Konkretisierung durch die vom Leistenden getroffene Leistungsbestimmung gefunden hat. Bereicherungsrechtlich interessiert demgegenüber zunächst allein der Leistungserfolg, der in der mit der Leistung bewirkten Zuwendung besteht. Nur ist eine Zuwendung als solche betrachtet neutral. Um festzustellen, ob sie nun eine mit oder ohne Rechtsgrund erlangte Bereicherung darstellt oder, was dasselbe ist, ob der vom Leistenden mit der Leistung verfolgte, in der Herbeiführung der Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses bestehende Leistungszweck erreicht ist oder nicht, muß darum auf diesen Leistungszweck und seine Konkretisierung durch die vom Leistenden vorgenommene Leistungsbestimmung wiederum notwendig zurückgegriffen werden.

Nun ist allerdings seit jeher geltend gemacht worden, daß es bei der in einem Unterlassen bestehenden Leistung schon rein tatsächlich an dem hier herausgestellten finalen Moment fehle. Dann aber müsse auch rechtlich gesehen wenigstens insoweit eine Erfüllung des Schuldverhältnisses ohne eine vom Schuldner vorgenommene Leistungsbestimmung eintreten[152]. Dieser Zweifel ist für uns um so gravierender, als wir uns schon ausdrücklich dazu bekannt haben, daß allein eine für alle Schuldverhältnisse einheitlich lautende Erklärung der Erfüllungsvoraussetzungen wirklich überzeugt. Denn dann ist es uns verwehrt, die Unterlassungsleistung als einen bloßen Ausnahmefall einfach beiseitezulassen. Und erst recht können wir uns dann nicht dazu verstehen, die Leistungsbestimmung durch den Schuldner überhaupt ausschließlich bei "rechtsgeschäftlichen", nicht aber auch bei nur "tatsächlichen" Leistungen zu fordern, wie ebenfalls vorgeschlagen worden ist[153].

152) So vor allem schon Boehmer, Erfüllungswille 80/1. Statt aller übrigen Esser, Schuldrecht § 70, 7.

153) Eine solche Mittelmeinung verficht Blomeyer, Schuldrecht § 38 II 1 b.

Indes sind diese von den Unterlassungsfällen genährten Bedenken durchaus auszuräumen. Zunächst einmal werden hier weithin Sachverhalte hereingezogen, die mit der Erfüllungslehre, genauer besehen, gar nichts zu tun haben: Wer beispielsweise in Befolgung eines dahingehenden Unterlassungsanspruchs seines Nachbarn von dessen Grundstück gefährdenden Sprengungen auf seinem eigenen Grund und Boden absieht, vollzieht dem Nachbarn gegenüber keine Leistung, bewirkt keine Zuwendung und löst nicht die Erfüllung eines Schuldverhältnisses aus, das ihn mit dem Nachbarn verbinden würde. Er befriedigt vielmehr einen Anspruch aus dem betroffenen Eigentumsrecht des Nachbarn, der diesem Recht einen vorbeugenden Schutz verleiht. Wohl aber hat man es mit einer Leistung und einer durch sie bewirkten Zuwendung an einen Dritten dort zu tun, wo jemand zur Erfüllung eines entsprechenden, mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrages beispielsweise die ihm an sich zustehende gewerbliche Benutzung seines Grundstücks unterläßt. Dann nämlich opfert er mit dem Unterlassen "die Verwendung seines Eigentums"[154], so daß es sich nur wieder um einen Fall der Verwertungsleistung handelt. Hier nun einen vom Schuldner verfolgten Leistungszweck und eine von ihm getroffene Leistungsbestimmung schon tatsächlich oder doch rechtlich in ihrer konstitutiven Bedeutung für die Erfüllung zu verleugnen besteht kein Anlaß. Freilich muß der auf ein Unterlassen gerichtete Erfüllungsanspruch auch dort entfallen, wo mangels jedes Leistungswillens des Schuldners in dessen Unterlassen keine Leistung gesehen werden kann. So mag es liegen, wenn der Erbe des Eigentümers, der die auf ihn übergegangene Verbindlichkeit gegenüber dem Dritten gar nicht kennt, von der vertraglich ausgeschlossenen gewerblichen Benutzung des Grundstücks einfach deshalb absieht, weil er sich von ihr nichts verspricht oder weil er sich im Ausland aufhält. Dann gibt er mit dem Unterlassen wiederum zwar bewußt und gewollt etwas auf, was das Grundstück an sich herzugeben in der Lage ist. In Ermangelung einer über diese Aufgabe hinausreichenden, auf die Erfüllung einer Schuld zielenden Zwecksetzung vollzieht er jedoch keine Leistung, sondern einen bloßen Verzicht, mit dem er keine Zuwendung bewirkt. Wenn der Erfüllungsan-

154) v. Caemmerer, Festschr. Juristentag II 54 FN. 21.

spruch des Dritten hier trotzdem entfällt,so deshalb, weil das Schuldverhältnis eine außererfüllungsmäßige Erledigung durch Zweckerreichung erfährt.

Anders aber, wie betont, wo wirklich eine Leistung gegeben ist: Auch unter Berücksichtigung der Leistung durch ein Unterlassen ist die Konkretisierung des Leistungszwecks durch eine vom Leistenden getroffene Leistungsbestimmung für die Beurteilung nicht nur der bereicherungsrechtlichen Rückforderbarkeit der mit der Leistung bewirkten Zuwendung, sondern auch des Eintritts der Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses nicht zu entbehren.

ff) Nach unseren Feststellungen muß für den Eintritt der Erfüllung des Schuldverhältnisses nicht mehr als die Leistung und die durch die Leistung bewirkte Zuwendung vorliegen. Gleichwohl aber kann, so hat sich ergeben, von dem durch den Leistenden verfolgten Leistungszweck und der durch den Leistenden vorgenommenen Leistungsbestimmung nicht abgesehen werden, weil eben erst durch sie die vom Schuldinhalt neben der Zuwendung mit umspannte Leistung als solche auch vollständig vorliegt.Damit wird man den Erfüllungstatbestand am geeignetsten wohl in einer Theorie der kraft der einseitigen Leistungsbestimmung durch den Leistenden konkretisierten Leistung zu fassen haben.

So betrachtet bekommt aber die nunmehr anzuschneidende, auch unter den Vertretern der Lehre von der einseitigen Erfüllungsbestimmung bislang nicht ausgetragene Frage nach der rechtlichen Natur dieser Erfüllungs- oder Tilgungsbestimmung oder, wie wir sagen, der Leistungsbestimmung ein anderes Gesicht: Dieser Streit geht darum, ob man in der neben der "rechtsgeschäftlichen" oder "tatsächlichen" Leistung stehenden Leistungsbestimmung als solcher ein Rechtsgeschäft[155],

155) Barnstedt, Rechtsgrundlosigkeit 38 ff.; Scheyhing AcP 157, 386/7; Thomä JZ 1962, 626 ff. Ebenso mit der oben bei Note 153 gemachten Einschränkung auch Blomeyer, Schuldrecht § 38 II 1 b.

eine zumindest rechtsgeschäftsähnliche Erklärung[156] oder nur ein rein tatsächliches Moment zu erblicken habe[157]. Geht man indes mit der hier entwickelten Ansicht davon aus, daß Leistungszweck und Leistungsbestimmung als integrierende Bestandteile der Leistung selbst aufzufassen sind,[158] ist die Streitfrage so überhaupt schon gar nicht richtig gestellt. Sie weitet sich vielmehr zur Frage nach der rechtlichen Natur der Leistung in ihrer Gesamtheit aus, die ungeachtet aller Fortschritte der modernen Theorie in der Erfassung des Leistungsbegriffs noch immer keineswegs zufriedenstellend geklärt ist.

Besonders deutlich wird dies in der zunächst gebotenen Betrachtung vom Regelfall aus, daß Leistungsverhalten und Leistungsbestimmung zusammenfallen. Dann ist die Leistungsbestimmung schon von vornherein nur unselbständiger Bestandteil der Leistung. Allerdings kann demgegenüber die Leistungsbestimmung auch stärker verselbständigt werden. So liegt es, wenn der Leistende sie sich in Unterschied zu den in § 366 Abs. 2 BGB genannten Fällen über den Vollzug des Leistungsverhaltens hinaus dem Empfänger gegenüber ausdrücklich vorbehält[159]. Auch in einem solchen Fall bezweckt dieses Verhalten die Erfüllung eines Schuldverhältnisses überhaupt; die beabsichtigte Zuwendung an den Empfänger wird bereits bewirkt. Aber die Leistung ist hier noch so lange unvollständig und kann darum auch keine Erfüllung auslösen, als nicht die konkrete Bestimmung des zu erfüllenden Schuldverhältnisses nachgeholt worden ist. Läßt also der Lieferant dem Kunden Ware mit dem Hinweis zugehen, er werde noch Nachricht geben, auf welche der verschiedenen Bestellungen Anrechnung erfolgen solle,

---

156) In diesem Sinne Baur/M. Wolf JuS 1966, 396, wenngleich ohne Festlegung auf eine der herkömmlichen Erfüllungstheorien.

157) Zeiß JZ 1963, 9/10.

158) Das trifft auch bei Thomä JZ 1962, 626 und Zeiß aaO an, wird aber mit der Erörterung der rechtlichen Natur der Leistungsbestimmung für sich genommen (Note 155 und vorige Note) wieder vernachlässigt.

159) Die Vorschrift des § 366 Abs. 2 BGB kann gegenüber dem Fall, daß der Schuldner zwar zunächst keine Leistungsbestimmung trifft, sie sich aber ausdrücklich für später vorbehält, nur subsidiäre Geltung haben. Vgl. hierzu auch Barnstedt, Rechtsgrundlosigkeit 40.

tritt trotz schon vollzogener Übereignung erst, wenn die Leistungsbestimmung nachträglich getroffen worden ist, die Erfüllung des in ihr bezeichneten einzelnen Lieferauftrags ein[160]. Auch wo die Leistungsbestimmung auf solche Weise eine gewisse Verselbständigung gefunden hat, bleibt sie daher Bestandteil der Leistung insgesamt. Auch dann ist daher davon auszugehen, daß sie die Natur der Leistung teilt, deren Zweck durch sie näher festgelegt wird. Immer also ist nach der Natur der Leistung in ihrer Gesamtheit zu fragen[161].

Insoweit hilft nun aber weder die Erfüllungslehre noch die moderne Bereicherungslehre unmittelbar weiter. Letzteres gilt auch in Anbetracht der heutigen Unterscheidung der Bereicherungsansprüche nach Anspruchstypen. So wäre es müßig, sich aus der Gegenüberstellung von Leistungs- und Eingriffskondiktion und damit von Leistung und Eingriff in dem Sinne einen Fingerzeig zu erhoffen, daß sich der Begriff der Leistung vielleicht von seinem Gegenstück im Eingriff werde angehen lassen. Nach der Fassung des Gesetzes in § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB ist umgekehrt das Erlangen "in sonstiger Weise" erst als dasjenige Erlangen zu substantiieren, das sich nicht auf "die Leistung eines anderen" zurückführen läßt. Dementsprechend ist man sich seit jeher darüber einig, daß der Weg zu einer genaueren Präzisierung des "Eingriffs" gerade nur über eine solche Präzisierung der "Leistung" führt. Dann aber bleibt nur wieder übrig, eine Arbeitshypothese einzuführen, die dann im weiteren Verlauf unserer Untersuchung zu verifizieren ist: Greifen wir noch einmal auf die Leistungsbestimmung für sich genommen zurück, so finden wir bei Scheyhing[162] und

160) Der Leistende hat natürlich die Möglichkeit, diese Leistungsbestimmung (ausdrücklich oder konkludent) dem Empfänger oder auch einem sonstigen Dritten zu überlassen. Dann tritt die Erfüllung ein, wenn dieser Dritte die Bestimmung vorgenommen hat.

161) Auch wenn man den Schwerpunkt der Leistung in dieser ihrer Gesamtheit auf das äußere Erscheinungsbild des Leistungsverhaltens legt, steht das dem von uns herausgearbeiteten subjektiven Charakter von Leistungszweck und Leistungsbestimmung keineswegs entgegen. Finalität ist auch die "erscheinungsbildliche Finalität" (Esser, Schuldrecht § 52, 3 d).

162) AcP 157, 386/7 und dort FN. 56.

ihm folgend auch bei Thomä[163] immerhin einen gewissen Anhalt für die dabei einzuschlagende Richtung. Denn hier wird der Versuch gemacht, die Leistungsbestimmung als eine Verfügung zu analysieren. Ist es nun richtig, daß die Leistungsbestimmung, wie wir behaupten, die rechtliche Natur der Leistung insgesamt teilt, muß sich die Leistung in dieser ihrer Gesamtheit als Verfügung qualifizieren lassen[164].

Beschränken wir uns zunächst auf den in unserem jetzigen Zusammenhang allein erheblichen Bereich des subjektiven Eigentumsrechts, so bedeutet diese Folgerung nachzuvollziehen jedenfalls dort keine Schwierigkeit, wo die mit der Leistung getätigte Veräußerung des Rechts in einer Übereignung besteht. Aber außer einer solchen "rechtsgeschäftlichen" Leistung sind ja auch die "tatsächlichen", in einem Handeln oder Unterlassen bestehenden Leistungen zu berücksichtigen. Es muß also, gemeinrechtlich gesprochen, neben dem "dare" auch dem "facere" und dem "non facere" Rechnung getragen werden. Indes wirkt auch, wer eine Veräußerung im Wege der Sachverwertung vollzieht, also etwa der leistungsweise den Einbau ihm gehörigen Materials vornehmende Bauhandwerker, willentlich unmittelbar auf die sein Eigentumsrecht konstituierende Zuweisung der Herrschaftsmacht über die Sache ein. Darum hat man nach der gerade auf diese Wirkung abgestellten herrschenden Begriffsbestimmung[165] auch hier durchaus eine "Verfügung" vor sich. Wie wir weiter schon gesehen haben, steckt eine solche Verwertungsleistung aber auch in der echten Leistung durch ein Unterlassen.

---

163) JZ 1962, 627/8 und dort FN. 47.

164) Scheyhing (Note 162) ist es im engeren Sinne um die Abgrenzung von Leistung(skondiktion) und Eingriff(skondiktion) zu tun, wozu er die von ihm als kausale Verfügung verstandene Leistungsbestimmung bemüht. Aber auch wenn die kausale Ausdeutung der Verfügung nicht zu halten ist (oben Note 84) und man über die Leistungsbestimmung hinaus die Leistung insgesamt ins Auge zu fassen hat, wird man im übrigen doch zu prüfen haben, ob sich dieser Grundansatz nicht weiter ausbauen läßt. Dies gilt ebenso von Thomä (vorige Note), dem es mit der als Verfügung aufgefaßten Leistungsbestimmung um die Umbestimmung der irrtümlichen Leistung auf Eigenschuld zur Leistung auf Drittschuld geht.

165) Statt aller übrigen: Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 143 II.

Nun hat freilich der Begriff der Verfügung weder im Gesetz noch in der bisherigen Dogmatik die Durchbildung und Ausprägung erfahren, die man bei dem ihm in unserem System zukommenden Gewicht an sich hätte erwarten dürfen[166]. Ein wesentlicher Grund hierfür ist darin zu sehen, daß man sich in der historischen Entfaltung der Rechtsgeschäftslehre, wennschon den Verfügungsbegriff mit aufzunehmen bestrebt, sehr einseitig vom Bild des Schuldvertrages hat beherrschen lassen. Darüber ist nicht allein die spezifische Eigenart des Verfügungsgeschäfts fast zwangsläufig unterdrückt worden, sondern auch der Sachbereich der Verfügung zu einem wesentlichen Teil überhaupt unerfaßt geblieben. Diese von einem unorganischen Schnitt durch die alte Dreiheit von dare, facere und non facere gekennzeichnete Entwicklung, mit der allein das dare zu den Rechtsgeschäften geschlagen, das facere und das non facere hingegen in den Bereich des nur tatsächlichen Verhaltens verwiesen worden ist, rächt sich in ungelösten Kernfragen der Erfüllungs- und Bereicherungslehre. Das bedarf der Korrektur.

Dabei ist von der einheitlichen Fundierung der Verfügung in der Verfügungsmacht über ein subjektives Recht auszugehen, die auf die in diesem subjektiven Recht gelegene Zuweisung der Herrschaftsmacht über einen Gegenstand unmittelbar einzuwirken erlaubt: Wo immer in bewußter und gewollter Betätigung solcher Verfügungsmacht etwas von dem Recht aufgegeben wird, liegt eine Verfügung über das Recht vor. Geschieht dies in Bewirkung einer Zuwendung an einen Dritten zum Zweck der Erfüllung eines bestimmten Schuldverhältnisses, ist die Verfügung eine Leistung. Fehlt es an einer solchen Zuwendung und Zwecksetzung, ist die Verfügung ein bloßer Verzicht. Ob Leistung und Verzicht durch ein Handeln oder ein Unterlassen vollzogen werden, kann keinen Unterschied bedeuten. Der so bestimmte Verfügungsbegriff läßt sich allerdings nicht bruchlos in den Rahmen der herkömmlichen, auf eine bestimmte Höhe von Gültigkeitsanforderungen an einen einmaligen Akt zugeschnittene Rechtsgeschäftslehre einpassen.

166) Eine umfassende monographische Behandlung der Verfügung fehlt bis heute.

Dennoch geht es nicht an, darum nur einen Teil der Erscheinungsformen von Leistung und Verzicht zu den "Rechtsgeschäften" und den Rest zu den Fällen einer nur "tatsächlichen" Leistung bzw. eines nur "tatsächlichen" Verzichts zu schlagen. Vielmehr muß hier schon der Begriff des Rechtsgeschäfts so umfassend ausgebildet werden, daß er alle diese Fälle in ihrer Gesamtheit in sich aufzunehmen vermag. Dem ist nicht entgegenzuhalten, daß dann im Hinblick auf die ungleichen Gültigkeitsanforderungen gewiß wieder zwischen "qualifizierten" und nur "schlichten" Verfügungsgeschäften unterschieden werden muß. Denn zunächst einmal kommt es ganz darauf an, den einheitlichen Grundsachverhalt der Verfügung über ein subjektives Recht geschlossen zu erfassen und ihn nicht durch inadäquat ausgebildete rechtsgeschäftliche Kategorien schon von vornherein sachwidrig zu verkürzen[167]. Von einer auch nur schlichten Verfügung über das subjektive Recht läßt sich erst dort nicht mehr reden, wo der Berechtigte eine Einbuße auf seiner Seite nicht selbst bewußt und gewollt herbeiführt, vielmehr die Grenze dessen überschritten ist, was das Gesetz in § 935 Abs. 1 BGB als "Abhandenkommen" bezeichnet. Dementsprechend ist der nicht nur der Leistung, sondern auch dem Verzicht gegenüberstehende Eingriff in ein subjektives Recht dadurch zu charakterisieren, daß es an einer Verfügung über das Recht fehlt[168]. Das gilt für den objektiven Eingriff des Bereicherungsrechts und den subjektiven Eingriff des Deliktsrechts gleichermaßen.

Wie hiernach qualifiziertes und schlichtes Verfügungsgeschäft einander gegenüberstehen, wird nirgends anschaulicher als am Vergleich der Leistung durch Übereignung mit der Leistung durch Verwertung (Verbindung, Vermischung, Verarbeitung, Verbrauch) einer Sache. Gerade die Bauhandwerkerfälle lassen sich nicht in bloßen "Realakten" er-

167) Ob man nicht, darin dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens durchaus folgend, in den Verfügungsbegriff auch die "tatsächliche Verfügung" über ein Recht mittels eines Handelns oder Unterlassens mit einzubeziehen habe, ist in der älteren Lehre immerhin noch ausdrücklich erörtert worden. Dazu v. Tuhr, Allgemeiner Teil II 1 § 54 I 2 (248/9) m.w.Nachw. dafür und dagegen.

168) Damit ist dem Anliegen von Scheyhing (oben Note 162 und 164) grundsätzlich Genüge getan.

fassen, sondern fordern genauso wie die Übereignung der Ware durch den Verkäufer die Berücksichtigung eines Verhaltens mit finaler Bezogenheit dieses Verhaltens auf einen rechtlichen Erfolg[169]. Eine Verwertung der Sache kann sich aber auch in einem bloßen Verzicht erschöpfen, der als schlichte Verfügung der im Verzicht durch Dereliktion gelegenen qualifizierten Verfügung zur Seite zu stellen ist. An den schon behandelten Beispielen der Leistung oder des Verzichts im Wege eines Unterlassens schließlich ist zu zeigen, daß das schlichte Geschäft auch die Form einer "zeitlich gestreckten" Verfügung annehmen kann.

Dem Vorwurf, hier würden tatsächlich gewiß recht unterschiedlich gelagerte Sachverhalte einer allzu gewaltsamen Systematisierung unterworfen, kann man mit Gelassenheit begegnen. Man muß sich nur darüber klar werden, daß die alte und immer wieder neue Auseinandersetzung um die Voraussetzungen der Erfüllung, die sich heute schließlich an der Frage nach der rechtlichen Natur der Erfüllungsbestimmung festgelaufen hat, seit jeher in ihrem Kern überhaupt gar nichts anderes darstellt als das Ringen um einen gemeinsamen Nenner für die Leistung in ihrer Gesamterscheinung. Dieser Nenner aber besteht im Begriff der Verfügung über ein subjektives Recht. Daß man die ganze Problematik auch als die Frage nach der Geschäftsnatur des Erfüllungstatbestandes zu apostrophieren pflegt, löst sich dahin auf, daß innerhalb der Kategorie der Verfügung solche von qualifizierter und wieder andere von nur schlichter Natur zu unterscheiden sind.

Davon abgesehen kann man aber vor allem eben auch in der Sicht des Bereicherungsrechts auf die umfassende Entwicklung des Verfügungsbegriffs nicht verzichten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man unserer These folgend außer der Eingriffskondiktion auch die Leistungskondiktion als Anspruch aus einem subjektiven Recht versteht. Nehmen wir nur etwa den Untergang des Eigentums durch die Verbindung der

169) Vgl. dazu auch Flume, Allgemeiner Teil § 9, 2 a, wo "Realakte ohne finale Bezogenheit des Handelns auf den rechtlichen Erfolg" und "Realakte mit Verselbständigung des Willensmoments" unterschieden werden.

Sache mit dem Grundstück eines anderen. Hier ist der Wertzuwachs auf Seiten des Grundstückseigentümers äußerlich unabhängig davon derselbe, ob in der Verbindung eine Leistung, ein Verzicht oder ein Eingriff zu sehen ist. Dennoch aber ist zu differenzieren: Geht es um eine Leistung, unterliegt die Bereicherung des Grundstückseigentümers als zugewendetes Gut der Leistungskondiktion. Hat man einen bloßen Verzicht vor sich, fehlt es an einer Zuwendung und scheidet die Bereicherungshaftung ganz aus. Handelt es sich schließlich um einen Eingriff, stellt die Bereicherung des Grundstückseigentümers ein dem alten Eigentümer abhandengekommenes Gut dar, das der Eingriffskondiktion unterliegt. Dies beinhaltet zugleich die Feststellung, daß man sich nicht einfach nur an die Zweiteilung der Ansprüche in Leistungs- und Eingriffskondiktion halten darf, wie es § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB nahelegt. Das ist nicht unwesentlich. So kann die Eingriffskondiktion einmal scheinbar versagen, wo bei entsprechender Leistung an einer Leistungskondiktion nicht zu zweifeln wäre. Und doch heißt das noch nicht, daß darum ihr Anwendungsfeld enger bemessen ist als dasjenige der Leistungskondiktion. Der wahre Grund ist dann vielmehr darin zu suchen, daß der Eingriff sein Gegenstück nicht nur in der Leistung, sondern auch im Verzicht hat: Es liegt überhaupt kein Eingriff, sondern ein Verzicht vor, der weder die Leistungs- noch die Eingriffskondiktion, sondern überhaupt keine Bereicherungshaftung nach sich zieht[170].

170) Erkennt man in der Leistungsbestimmung einen Bestandteil der als Verfügung zu qualifizierenden Leistung in ihrer Gesamtheit, wird man im Streit um die irrtümliche Eigenleistung auf in Wahrheit fremde Schuld (oben Note 86) die Sicht des Leistenden und nicht die Sicht des Empfängers ausschlaggebend sein lassen müssen: Während der Geschäftszweck des Schuldverhältnisses regelmäßig von zwei gleichberechtigten Partnern vertraglich konstituiert wird, ist die Verfügung des Leistenden über sein subjektives Recht zunächst einseitiges Rechtsgeschäft des Leistenden allein und Vertrag mit dem Empfänger nur dort, wo dieser seinerseits ein subjektives Recht erwerben soll. Aber auch dann noch erstreckt sich, wie wir dargelegt haben, die Mitwirkung des Erwerbers nur auf den Leistungserfolg (die Zuwendung als solche) und deckt nicht auch die vom Leistenden getroffene Leistungsbestimmung. Ob man den am Verkehrsschutz orientierten, aber eben am Verpflichtungsvertrag entwickelten Gedanken des "objektiven Erklärungswertes" einer Willenserklärung im Zeichen einer einheitlichen Rechtsgeschäftslehre ohne weiteres auch auf das Leistungsgeschäft übertragen kann, ist gerade sehr zweifelhaft; die besseren Gründe sprechen doch wohl

gg) Mit der Bestimmung des Rechtsgrundes der Leistungsbereicherung als Erreichung des Leistungszwecks in der Erfüllung des mit der Leistung konkret in Bezug genommenen Schuldverhältnisses mußten wir notwendig auf den Streit um den Erfüllungstatbestand eingehen. Aber das hat uns in der Klärung der Grundvoraussetzungen der Zwecklehre wieder ein Stück vorangebracht. In der Widerlegung der Vertragstheorie hat sich erhärten lassen, daß Leistungszweck und Leistungsbestimmung immer nur einseitig auf Seiten des Leistenden zu suchen sind. Sie finden also keine Entsprechung in einer Erfüllungsannahme auf Seiten des Empfängers, die ihnen ihre subjektive, finale Natur nehmen und sie in einem eigenen Erfüllungsvertrag objektivieren würde. Daran ändert sich auch beim Erwerb eines subjektiven Rechts nichts, wo der Empfänger am Leistungserfolg als solchem mitwirken muß. Die Theorie des realen Tilgungsakts verdient zwar äußerlich betrachtet Zustimmung insofern, als es über die Übereinstimmung von Leistung und Zuwendung mit dem Schuldinhalt hinaus für den Eintritt der Erfüllung in der Tat keiner weiterer Voraussetzungen bedarf. Aber sie verkennt, daß ohne die Einbeziehung des vom Leistenden verfolgten Leistungszwecks und der von ihm getroffenen Leistungsbestimmung die Leistung überhaupt nicht vollständig vorliegt, die neben der Zuwendung auch als solche gleichfalls geschuldet ist. Die Theorie der einseitigen Erfüllungsbestimmung endlich wird zwar der Bedeutung des Leistungszwecks und seiner Konkretisierung in der Leistungsbestimmung an sich gerecht. Es kommt jedoch noch darauf an, Leistungszweck und Leistungsbestimmung nicht so sehr neben die Leistung zu stellen als sie vielmehr schon als notwendige Bestandteile der Leistung selbst zu verstehen. Dann aber erweist sich auch die alte Auseinandersetzung um die Voraussetzungen der Erfüllung, die in der Behandlung der Leistung in der modernen Bereicherungstheorie eine praktisch noch wichtigere Parallele gefunden hat, nicht nur als ein beliebiges Stück antiquierter Konstruktionsjurisprudenz. Denn was hier von der Sache her gesehen seit jeher verhandelt worden ist, mündet

---

dagegen. Der Leistende hat aber die vor allem durch Thomä JZ 1962, 627/8 (oben Note 163/) und v. Caemmerer, Festschr. Dölle I 147 ff. wenigstens im Ergebnis übereinstimmend herausgearbeitete Möglichkeit, seine Eigenleistung nachträglich zur Leistung auf Drittschuld umzubestimmen. Die konstruktive Begründung dieser Umbestimmung ist allerdings noch nicht gesichert.

in eben diesen Begriff der Leistung in seiner Gesamtheit und mit ihm schließlich in einen Fundamentalbegriff unseres privatrechtlichen Systems: Das wiederum wird freilich erst dann vollends sichtbar, wenn man die verschiedenen Stationen in der Entwicklung dieser Frage von der Betrachtung der Anspruchsausübung als Verfügung des Gläubigers über sein Forderungsrecht bis hin zur Deutung der Leistung des Schuldners als eine zumindest schlichte Verfügung über ein subjektives Recht ganz durchschritten hat.

c) Damit können wir nun auch unmittelbar daran gehen, die für das Verständnis der Leistungskondiktion als Rechtsfortwirkungsanspruch notwendige Abgrenzung des Zustandsunrechts von der Zweckverfehlung weiter zu vertiefen. Das den Anspruch zur Entstehung bringende Zustandsunrecht liegt, so haben wir gesagt, allein im Widerspruch der Bereicherung des Empfängers zum Zweck der Güterzuweisung des vom Leistenden aufgeopferten Rechts. Ob der mit der Leistung verfolgte Zweck erreicht oder verfehlt wird, entscheidet nur darüber, ob der in seinen Entstehungsvoraussetzungen schon fertige Anspruch von Bestand ist oder nicht. Demgegenüber stützt sich die herrschende Ansicht schon für die Darstellung des Anspruchs auf die Verfehlung oder Hinfälligkeit des mit der Leistung verfolgten Leistungs- oder auch Geschäftszwecks. Bereits die Entstehung der Leistungskondiktion wird mit dem Irrtum in Verbindung gebracht, der Anspruch als Korrektiv einer Fehlvorstellung aufgefaßt.

aa) Will man von dieser unrichtigen Deutung der Leistungskondiktion wirklich loskommen, muß man vor allem auch das Bild des Leistungszwecks und seiner Verfehlung von einer Reihe historisch längst überholter Zutaten reinigen. Denn auch insoweit wird noch immer toter Ballast weitergeschleppt, der ohne Not nur neue Unklarheiten schafft. Diese Unklarheiten aber bilden ganz offensichtlich immer wieder einen besonderen Anreiz, das die Leistungskondiktion tragende Unrecht gerade auf dem Felde der Zweckverfehlung zu suchen.

Sieht man den Leistungszweck mit unseren bisherigen Darlegungen als einen einseitig vom Leistenden verfolgten, subjektiv-finalen Zweck an, der allein in der Herbeiführung der Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses besteht, ist solchen Unklarheiten freilich vorgebeugt. Dann wird der mit der Leistung verfolgte Leistungszweck immer nur dann bereits von vornherein verfehlt oder doch nachträglich wieder hinfällig, wenn es auf Grund der Leistung schon von Anbeginn nicht zur Erfüllung des Schuldverhältnisses kommt, wenn sich wegen einer nachträglichen Veränderung des Schuldverhältnisses von dessen Erfüllung nicht länger reden läßt oder wenn der bei der Vornahme der Leistung erst für einen späteren Zeitpunkt erwartete Eintritt der Erfüllung des Schuldverhältnisses dann doch endgültig ausbleibt.

Die angeführten zusätzlichen Schwierigkeiten entstehen erst dadurch, daß die von allem bei Enger[171] herausgearbeitete herrschende Auffassung bei dieser Inhaltsbestimmung des Leistungszwecks allein keineswegs haltmacht. Neben der Erfüllung eines Schuldverhältnisses soll man vielmehr auch die Ermöglichung der Begründung eines Schuldverhältnisses und die Erreichung eines sonstigen besonderen Erfolges als mit einer Leistung verfolgten Zweck betrachten können.

bb) Wenn man, wenigstens in der älteren Lehre[172], auch von der Verfehlung oder Hinfälligkeit des mit der Leistung verfolgten Geschäftszwecks spricht, ist das zumindest schief. Mit gerade der Leistung läßt sich immer nur der Leistungszweck verfolgen, der denn heute hier auch zumeist allein noch herausgehoben wird[173]. Dennoch ist damit der Geschäftszweck keineswegs auch sachlich aus der Diskussion ausgeschieden. Er bleibt vielmehr insofern im Spiel, als man als möglichen Leistungszweck neben der Herbeiführung der Erfüllung auch die Ermöglichung des Zustandekommens eines Schuldverhältnisses

171) Schuldrecht § 189, 2.

172) In diesem Sinne Locher AcP 121, 47 ff.; Fruchmann AcP 128, 158 ff.

173) Zur Betonung gerade des Leistungszwecks etwa Esser JZ 1963, 8.

auffaßt, das den Geschäftszweck zu seinem Geltungsgrund hat[174]. Der Leistungswille ist hiernach also nicht notwendig auf die Durchführung eines Schuldverhältnisses gerichteter Erfüllungswille. Er kann auch mit dem auf die Begründung eines Schuldverhältnisses gerichteten Verpflichtungswillen zusammenfallen. Dementsprechend wird als in der Erreichung des Leistungszwecks liegender Rechtsgrund der Leistungsbereicherung nicht allein die in der Erfüllung bestehende Durchführung, sondern auch die erfolgreiche Begründung eines Schuldverhältnisses angesehen. Und in der Verfehlung oder Hinfälligkeit des Leistungszwecks liegendes Fehlen des Rechtsgrundes der Bereicherung ist dann nicht nur das Ausbleiben oder der Wegfall der Erfüllung, sondern auch das Scheitern der Begründung des Schuldverhältnisses[175].

In der häufig zitierten Formel von Jung[176] werden diese beiden Gesichtspunkte dahin zusammengefaßt, daß als Rechtsgrund der Zuwendung jede mit der Leistung bezweckte "Einwirkung" auf ein Schuldverhältnis zu gelten habe. In dieselbe Richtung geht wieder der schon erwähnte Versuch von H.P. Westermann, die "causa" auch unter Einbeziehung der bereicherungsrechtlichen Fragestellung noch einmal einheitlich als den jeweiligen Bezug von kausaler oder abstrakter Zuwendung zum Gesamtgeschäft zu definieren[177]. Hinter alledem steht noch immer der gemeinrechtliche Gedanke, man könne außer "solvendi causa" auch "obligandi (donandi, credendi oder acquirendi) causa" leisten. Erläutert wird das an den Handgeschäften, den Realverträgen und der Geschäftsführung ohne Auftrag[178]. Prüfen wir also anhand dieser Beispiele, ob sich der Leistungszweck tatsächlich auch in solcher Weise fassen läßt.

---

174) Außer Esser, Schuldrecht § 189, 2 b (oben Note 171) und statt aller übrigen: Zeiß AcP 164, 55.
175) Dazu wiederum nur Esser aaO § 189, 3; Zeiß aaO 53/4, 55, 58.
176) Bereicherungsansprüche 68, Wesen und Bedeutung 159. Zustimmend etwa: Wilburg, Bereicherung 11; Zeiß aaO 57/8.
177) Oben zu Note 101 bis 103.
178) Esser oben Note 174.

Nicht jedenfalls beim Handgeschäft, also etwa beim Handkauf oder bei der Handschenkung: Hier trägt die Leistung in Wahrheit zur Begründung des Schuldverhältnisses nichts bei. Wie auch sonst, ist für eine derartige Begründung ein Verpflichtungsvertrag der Beteiligten erforderlich und ausreichend. Das damit zustandegekommene Schuldverhältnis unterscheidet sich als solches von einem gewöhnlichen Kauf oder einer gewöhnlichen Schenkung nicht. Wie schon dargelegt, ist es für die Frage nach dem Schuldverhältnis selbst ohne Belang, ob dieses mit einem Erfüllungsanspruch bewehrt ist oder, wie hier, gar nicht erst bewehrt sein kann[179]. Dementsprechend weit zu fassen ist dann auch wieder, so war gleichfalls schon auszuführen, was man unter der Erfüllung des Schuldverhältnisses zu verstehen hat. Dabei liegt die Betonung darauf, daß immer nur das Schuldverhältnis und nicht ein aus diesem hier überhaupt nicht hervorgehender Anspruch erfüllt wird[180]. Was darum die Leistung ermöglicht, ist auch hier allein die Durchführung des Schuldverhältnisses in dessen Erfüllung. Nur fallen die Begründung des Schuldverhältnisses durch das Verpflichtungsgeschäft und seine Invollzugsetzung durch das Leistungsgeschäft zeitlich zusammen[181].

Daran ändert sich auch in der Sicht des Bereicherungsrechts nichts, dem derselbe Leistungsbegriff zugrunde liegt. Kommt es zur Erfüllung des Schuldverhältnisses, ist diese seine Durchführung und nicht seine Begründung Rechtsgrund der mit der Leistung bewirkten Zuwendung. Kommt das Schuldverhältnis nicht wirksam zustande, heißt Fehlen des Rechtsgrundes der Leistungsbereicherung nicht Scheitern der Begründung des Schuldverhältnisses, sondern Ausbleiben seiner Erfüllung. Der dafür vorgesehene bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsanspruch ist also die in § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB eingegangene "condictio indebiti".

---

179) Oben zu Note 108 bis 111.
180) aaO.
181) So auch die zumindest im sachlichen Ergebnis übereinstimmende herrschende Auffassung: Boehmer, Erfüllungswille 26 und ABR 38, 323; Heck, Schuldrecht § 80, 6; Barnstedt, Rechtsgrundlosigkeit 5 ; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 343; Esser, Schuldrecht §§ 3, 1; 111, 1; Larenz, Schuldrecht II §§ 35 II a (13), 43 I (122); Mitteis, Schuldrecht § 20 III 2; Fikentscher, Schuldrecht §§ 66 III 2, 73 II; H. P. Westermann, causa 215, 237/8.

Auch beim Handgeschäft ist Leistungszweck sonach allein die Herbeiführung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses. Es entbehrt der Folgerichtigkeit, einerseits auch das Handgeschäft in Verpflichtung und Verfügung zu zerlegen und andererseits doch wieder zu behaupten, hier werde zur Begründung eines Schuldverhältnisses, werde "obligandi causa" geleistet[182]. Auch hier wird die Leistung vielmehr allein "solvendi causa" vollzogen. Die "causa obligandi" ist dagegen im Geschäftszweck des Kauf- oder Schenkungsvertrages, also im Geltungsgrund des Schuldverhältnisses zu suchen[183].

Bei dem vom Handgeschäft zu unterscheidenden Realvertrag erforderte nach gemeinem Recht das Zustandekommen des Schuldgeschäfts zusätzlich einen Akt der Hingabe eines Gegenstandes. Für Darlehen, Leihe und Verwahrung wird das auch heute noch vertreten und dementsprechend die Begründung des Schuldverhältnisses von der Auszahlung der Darlehenssumme bzw. der Übergabe der Sache abhängig gemacht[184].

In das geltende Recht mit seiner grundsätzlichen Scheidung von verpflichtungsweise bewirkter Begründung und leistungsweise bewirkter Durchführung des Schuldverhältnisses paßt diese Lehre jedoch nicht mehr herein, mag sich der Gesetzgeber von ihr auch noch nicht ganz frei gewußt haben (arg. §§ 607, 610 BGB). Moderner Auffassung entspricht allein, daß sich der Verpflichtungsvertrag auch hier in der konsensualen Abrede als solcher erschöpft[185]. Demgegenüber hat der

182) So aber beispielsweise Esser aaO § 111, 1 (vorige Note) einerseits, § 189, 2 b (oben Note 174 und 178) andererseits.

183) Ansonsten ist es in der modernen Lehre freilich gerade Esser, der mit Nachdruck die trotz der Vorarbeit von Boehmer (oben Note 98) weithin vernachlässigte Notwendigkeit unterstreicht, Geschäftszweck und Leistungszweck auseinanderzuhalten; so insbesondere aaO § 189, 4.

184) So vor allem Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht §§ 140, 1; 142 I (einschränkend); 169, 1.

185) Boehmer, Erfüllungswille 27 ff. und grundlegend ABR 38, 314 ff. Ebenso: Heck, Schuldrecht §§ 80, 7; 106, 3; Barnstedt, Rechtsgrundlosigkeit 55; Esser, Schuldrecht §§ 3, 1; 16, 1; 127, 2; 145, 5 (einschränkend); 149, 5; Larenz, Schuldrecht I § 6 I (69/70) II §§ 46 (186/7); 47 II (192/3); 54 (278); Blomeyer, Schuldrecht § 20 III 1; Fikentscher, Schuldrecht §§ 12; 76 I 6; 77 I 3; E. Wolf, Festg. Herrfahrdt 209; H. P. Westermann, causa 106 ff.

reale Akt der Hingabe als eine Leistung schon die Invollzugsetzung des Schuldverhältnisses zur Folge. Diese Durchführung des Schuldverhältnisses in seiner Erfüllung kann mit der Begründung des Schuldverhältnisses zeitlich zusammenfallen. Dann liegt wieder ein Handgeschäft vor. Aber die Begründung des Schuldverhältnisses kann seiner Durchführung auch vorausgehen, ohne daß man damit zu der Annahme eines bloßen Vorvertrages genötigt wäre. In der Perspektive des Bereicherungsrechts, wo mit dem gleichen Leistungsbegriff zu arbeiten ist, kann sich hieran wiederum nichts ändern. Insofern gilt vielmehr dasselbe, was schon für das Handgeschäft als solches festzustellen war.

Auch in den hier gemeinten Fällen ist Leistungszweck daher allein die Herbeiführung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses. Man kann nicht den Realvertrag als einen vom reinen Konsensualvertrag überholten Atavismus behandeln und diese Traditionsbestände im Bereicherungsrecht dann doch wieder mit der Begründung weiter vor sich herschieben, es gebe auch eine Leistung "obligandi causa"[186]. Auch insoweit ist vielmehr nur eine Leistung "solvendi causa" möglich. Die "causa obligandi" dagegen ist der von diesem subjektiven Leistungszweck von Grund auf verschiedene objektive Geschäftszweck des Darlehens, also wieder der Geltungsgrund des Schuldverhältnisses.

Endlich geht auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag die Vorstellung fehl, der Geschäftsführer leiste zur Begründung eines Schuldverhältnisses. Das hier entstehende Schuldverhältnis hat überhaupt keinen Geschäftszweck, sondern einen "gesetzlichen" Geltungsgrund: Im Gegensatz zu einem "rechtsgeschäftlichen" Schuldverhältnis ist es als "gesetzliches" Schuldverhältnis gerade nicht das Ergebnis willensmäßiger Zwecksetzung. Wird das verkannt, verkehrt man den die Geschäftsführung ohne Auftrag kennzeichnenden Grundgedanken fremdnützigen Handelns regelrecht in sein Gegenteil; bildet doch das hier

---

186) Inkonsequent daher beispielsweise wieder Esser aaO §§ 3, 1; 16, 1; 127, 2; 145, 5; 149, 2 (vorige Note) einerseits; § 189, 2 b (oben Note 171 und 178) andererseits.

entstehende Schuldverhältnis auch die Grundlage für den Anspruch des Geschäftsführers auf Ersatz seiner Aufwendungen. Statt dessen sind die Geschäftsführung als Voraussetzung der Entstehung des gesetzlichen Schuldverhältnisses und die auch hier ausschließlich zur Erfüllung dieses Schuldverhältnisses vollzogene Leistung des Geschäftsführers auseinanderzuhalten. Nur können beide und können mit ihnen Begründung und Durchführung des Schuldverhältnisses äußerlich zusammenfallen, und meist werden sie das auch.Aber notwendig ist das schon deshalb nicht, weil das Geschäftsführungsverhältnis durch entsprechende Anstalten des Geschäftsführers bereits begründet sein kann, ehe noch eine Leistung des Geschäftsführers und damit eine Durchführung des Schuldverhältnisses vorliegt.

Umgekehrt ist möglich, daß dieses Schuldverhältnis trotz vollzogener Leistung nicht zustandekommt. In der dann wieder veranlaßten Sicht vom Bereicherungsrecht her ist aber noch immer derselbe Leistungsbegriff vorauszusetzen. Wo das wirksam begründete Geschäftsführungsverhältnis durchgeführt wird, ist diese seine Durchführung und nicht seine Begründung der Rechtsgrund der dem Geschäftsherrn mit der Leistung gemachten Zuwendung. Kommt das Geschäftsführungsverhältnis nicht zustande, bedeutet Fehlen des Rechtsgrundes einer solchen Zuwendung nicht das Scheitern der Schuldbeziehung, sondern das dadurch bedingte Ausbleiben ihrer Erfüllung. Dann ist die Rückabwicklung auf die condictio indebiti zu stützen.

Leistungszweck ist darum auch im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag allein die Herbeiführung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses, mag dieser Zweck nun tatsächlich erreicht werden oder nicht.

Somit bestätigt sich, daß der Leistungswille immer nur Erfüllungswille ist, nicht aber auch die Rolle des das Schuldverhältnis erst schaffenden Verpflichtungswillens übernehmen kann. Vom Standpunkt des geltenden Rechts läßt sich eine Leistung, gemeinrechtlich ausgedrückt, nur "solvendi causa", nicht aber auch "obligandi causa"

vollziehen. Der Leistungszweck kann ausschließlich in der Herbeiführung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses bestehen, kann sich also allein auf die Durchführung dieses Schuldverhältnisses und nicht auch auf seine Begründung richten[187]). Dementsprechend darf man als in der Erreichung des Leistungszwecks gelegenen Rechtsgrund der Leistungsbereicherung allein die Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses, nicht aber auch das Zustandekommen eines Schuldverhältnisses betrachten. Und Verfehlung oder Hinfälligkeit des Leistungszwecks oder Fehlen des Rechtsgrundes ist dann nur das Ausbleiben oder der Wegfall der Erfüllung des Schuldverhältnisses, nicht auch das Scheitern seiner Begründung[188]). Die von Jung für den Rechtsgrund der Bereicherung geprägte Formel ist daher zu weit[189]). Erst recht dasselbe ergibt sich nur wieder neu für die noch sehr viel breiter angesetzte Definition der "causa" bei H. P. Westermann: Das von ihm erklärtermaßen angesteuerte Ziel einer einheitlichen Erklärung des Gedankens der Zweckverfehlung[190]) ist falsch gesteckt, weil es den dabei vorauszusetzenden einheitlichen Zweck nicht gibt. Der mit der Leistung verfolgte, auf die Erfüllung eines Schuldverhältnisses gerichtete subjektive Leistungszweck und der als Geltungsgrund eines Schuldverhältnisses objektive Geschäftszweck sind und bleiben völlig verschiedene Dinge.

cc) Allerdings wird dieses Ergebnis noch auf andere Weise wieder in Frage gestellt. Denn immer noch der herrschenden Ansicht folgend gibt es außer der Leistung zur Herbeiführung der Erfüllung eine, was sie, soweit ich zu widerlegen versucht habe, zur Verwirklichung des Zust-

187) In gleichem Sinne Boehmer, [illegible] ff. und [illegible]; Bartholomeyczik, Rechtsgrundlosigkeit 5 ff.; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 366 und JZ 1962, 386; Thoma JZ 1962, 626. Scheyhing AcP 167, 377 folgt demgegenüber zwar der herrschenden Ansicht, plädiert immerhin aber für deren möglichst einschränkende Auslegung (aaO 379). Treffend daher Baumgärtel aaO 26. Auch v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 344 sagt, "als im Sinne des Bereicherungsrechts erhebliche causa der Leistung" erscheine "allein die Durchführung der schuldrechtlichen Vereinbarung". Vgl. weiter auch Franchi, Grundlagen 159 ff.; 182. Im übrigen dazu oben bei Note 111.

188) [illegible] auf Jung und den diesem folgenden Wilburg beruft.

190) Causa 90/1.

dekommens eines Schuldverhältnisses auch eine Leistung zur Erreichung eines sonstigen besonderen Erfolges. Dieser weiteren Inhaltsbestimmung des Leistungszwecks gemäß soll sich also der Leistungswille nicht allein als Erfüllungswille charakterisieren oder auch mit dem Verpflichtungswillen in eins setzen lassen. Er soll sein Gepräge vielmehr auch von der Verfolgung einer bei der Leistung wenigstens stillschweigend vereinbarten sonstigen Zielsetzung erhalten können, die zumeist darin besteht, den Empfänger der Zuwendung oder auch einen anderen Dritten zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen. Oder wieder in der Sprache des gemeinen Rechts: neben die Leistung "solvendi" oder "obligandi causa" tritt die Leistung "ob causam"[191]. Dann wiederum stellt sich der in der Erreichung des Leistungszwecks liegende Rechtsgrund der Leistungsbereicherung nicht nur als die Durchführung oder die Begründung eines Schuldverhältnisses, sondern auch als der Eintritt des anderweitigen besonderen Erfolges dar. Und dann ist das in der Verfehlung oder Hinfälligkeit des Leistungszwecks zu erblickende Fehlen des Rechtsgrundes nicht allein das Ausbleiben oder der Wegfall der Erfüllung oder auch das Scheitern der Begründung eines Schuldverhältnisses, sondern ebenso auch das Ausbleiben des besonderen Erfolges[192].

Historisch gesehen wirken hier die alten Innominatkontrakte nach[193], und das hat der Gesetzgeber selbst so angeregt. Denn wenn er diese Vertragsformen als solche auch mit der Einführung der Schuldvertragsfreiheit hat hinfällig werden lassen, ist die auf die einschlägigen Sachverhalte zugeschnittene "condictio causa data causa non secuta" des gemeinen Rechts in § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB gleichwohl wieder übernommen worden. Der seit jeher außerordentliche Schwierigkeiten bereitenden bereicherungsrechtlichen Behandlung dieser Fälle ist dadurch allerdings nicht wirksam vorgebeugt worden. Im Gegenteil, gerade hier sind die vielfältigen Zweifelsfragen der Lehre

191) Außer Esser, Schuldrecht §§ 189, 2 c (oben Note 171), 192, 3 und statt aller übrigen wieder Zeiß AcP 164, 55/6.

192) Darüber Esser aaO § 189, 3; Zeiß aaO 53/4, 55/6, 58.

193) Dazu v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 344 FN. 39, 346 ff.

vom Zweck immer wieder besonders stark aufgebrochen, um bis heute in Rechtsprechung und Lehre fortzeugend neue Verwirrung zu schaffen[194]. Geht man de-m im einzelnen nach[195], erweist sich auch insoweit die mangelnde Unterscheidung von Geschäftszweck und Leistungszweck als der eigentliche Sitz dieser Schwierigkeiten. Das nimmt nicht wunder, weil auch das Gesetz von einem "mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolg" redet. Denn damit findet man nicht nur für die allgemein geforderte Zweckvereinbarung einen Anhalt, sondern bekommt auch die Vorstellung nahegebracht, mit der Leistung lasse sich ein Geschäftszweck verfolgen. Der gerade darauf auch besonders verweisenden älteren Lehre[196] ist aber wieder entgegenzuhalten, daß mit einer Leistung eben immer nur ein Leistungszweck verfolgt werden kann[197]. Indes ist darum noch immer nicht die Möglichkeit ausgeräumt, daß Leistungszweck und Geschäftszweck hier konvergieren. Unter dem Regime der Innominatkontrakte bot sich eine Unterscheidung dieser beiden Zwecke in der Tat auch schon überhaupt nicht an. Nach geltendem Recht jedoch kann es dabei nicht bleiben. Die Begründung des Schuldverhältnisses durch das Verpflichtungsgeschäft und seine Durchführung durch das Leistungsgeschäft müssen vielmehr auch in diesem Bereich streng auseinandergehalten werden. Dementsprechend sind auch hier wieder der als Geltungsgrund des Schuldverhältnisses zu bestimmtende Geschäftszweck einschließlich seiner Voraussetzungen und der mit der Leistung verfolgte Leistungszweck klar voneinander zu trennen. Die in diesem

194) Mit Recht meint Esser, Schuldrecht § 192, 2, kein Bereicherungsanspruch sei von Rechtsprechung und Schrifttum in seinem Wesen und seiner Bedeutung so oft mißverstanden worden wie derjenige des § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB.

195) Aus dem Schrifttum insbesondere: Locher AcP 121, 1 ff.; v.Caemmerer, Festschr. Rabel I 344 FN. 39, 345 ff.; Scheyhing AcP 157, 378/9; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 224 I; Esser aaO § 192; Larenz, Schuldrecht II § 63 II; Fikentscher, Schuldrecht § 99 III 2 b; Söllner AcP 163, 20 ff.; Zeiß AcP 164, 54 ff.; Frotz, Zur Rückzahlung verlorener Bankostenzuschüsse nach Bereicherungsrecht, AcP 164 (1964) 309 ff.; H.P. Westermann, causa 249 ff.; Bydlinski, Festschr. Wilburg 45 ff. Aus der neueren Rechtsprechung etwa: BGHZ 35, 356 ff.; 44, 321 ff.; 48, 70 (73).

196) Dazu wieder Locher und Krückmann oben Note 172.

197) Dazu noch einmal Zeiß oben Note 193.

Sinne immer konsequenter vorangetriebene Abschichtung von Geschäftszweck und Leistungszweck erweist sich denn bei näherer Betrachtung auch als der einheitliche Gesichtspunkt, unter den sich die im neueren Schrifttum allmählich abzeichnende Lösung der hier aufgeworfenen Probleme bringen läßt. Drei Fallgruppen stehen zur Erörterung.

Einem obiter dictum des Reichsgerichts zufolge berücksichtigt der Anspruch nach §812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB die Verfehlung eines mit der Leistung bezweckten Erfolges, der über die mit einer Gegenleistung zu erlangende Zuwendung hinausreicht[198]. Daran anknüpfend hat die Praxis[199] hierher einmal immer wieder Fälle gezogen, die in die Lehre vom Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage einzuordnen sind. Nun hat es zwar auch im Schrifttum nicht an Versuchen gefehlt, durch eine Entwicklung des Fundaments dieser Lehre anhand gerade der Vorschrift des § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB ein solches Vorgehen zu legitimieren[200]. Es besteht aber heute schon weithin Einigkeit darüber, daß man damit der vielschichtigen Problematik der Geschäftsgrundlage nicht Genüge tut und die Tragweite bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung überschätzt und daß richtiger beide Sachgebiete auseinandergehalten werden müssen[201]. Dies mit vollem Recht.

Nehmen wir einige typische Beispiele: Jemand veräußert der öffentlichen Hand ein Grundstück, um es nicht erst zu der sonst drohenden Enteignung kommen zu lassen. Später gibt die Erwerberin das Projekt wieder auf, für dessen Durchführung das Gelände vorgesehen war[202]. Oder auch - denn es geht hier keineswegs allein um entgelt-

198) RGZ 66, 132 (134). Zustimmend etwa Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 224 I 2.
199) RGZ 106, 93 (98); 132, 238 (242); BGH MDR 1952, 33.
200) So vor allem Locher AcP 121, 1 ff., insbes. 47 ff., sowie Krückmann AcP 128, 157 (158 ff.). Beide gehen dabei in der Weise vor, daß sie die Geschäftsgrundlage bewußt in den Geschäftszweck einbeziehen; vgl. oben Note 172 und 196. Wenigstens subsidiär hinter § 242 BGB sich auf § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB stützen will Fikentscher, Schuldrecht § 99 III 2 b.
201) v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 345 ff.; Esser, Schuldrecht § 192, 2 und 4; Larenz, Schuldrecht II § 63 II (385/6); Söllner AcP 163, 31 ff.; Zeiß AcP 164, 64/5.
202) RGZ 132, 238 ff. (oben Note 199).

liche Verträge - ein Mäzen macht eine großzügige Spende für eine geplante Forschungsexpedition oder ein Onkel finanziert seiner Nichte anläßlich deren bevorstehender Heirat die Aussteuer. Die Expedition bzw. die Heirat kommt dann jedoch nicht zustande[203]. Oder ein weiteres Beispiel aus der Praxis des Bundesgerichtshofs: Ein Ehepaar baut auf dem Heimstättengrundstück der Schwiegereltern, das später insoweit auf die jungen Leute übergehen soll. Der Heimstättenausgeber versagt jedoch die für die Abtrennung des Grundstücksteils erforderliche Genehmigung[204].

In Fällen dieser Art umreißt die wenigstens stillschweigend getroffene, auf einen "besonderen Erfolg" gerichtete "Zweckvereinbarung" in der Vorstellung der Beteiligten nichts anderes als die tatsächlich schon von vornherein fehlenden oder zumindest später dahingefallenen Voraussetzungen des Geschäftszwecks des zwischen ihnen begründeten Schuldverhältnisses. Damit werden diese Voraussetzungen als für beide Teile maßgebliche Geschäftsgrundlage gegen das im Grundsatz unbeachtliche Motiv des Verpflichtungswillens nur eines Vertragspartners abgegrenzt. Handelt es sich aber um die Geschäftsgrundlage und nicht um den Leistungszweck, liegt hier kein Anwendungsfeld der nur unmittelbar auf die Verfehlung des Leistungszwecks zu beziehenden condictio causa data causa non secuta nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB vor. Die Lösung solcherFälle sieht anders aus: Fehlen und Wegfall der Geschäftsgrundlage können sich zunächst nur auf den Geschäftszweck und erst über diesen auf das Zustandekommen oder den Fortbestand des Schuldverhältnisses auswirken. Dann freilich und erst dann stellt sich die Frage, ob eine zur Erfüllung des Schuldverhältnisses erbrachte Zuwendung vom Empfänger bereicherungsrechtlich zurückgefordert werden kann. Diese Rückforderung aber ist ein Anwendungsfall der "condictio indebiti" (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB) bzw. der heute in § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB wiedergegebenen "condictio ob causam finitam".

---

203) Larenz, Schuldrecht II § 63 II (385/6).

204) BGHZ 35, 356 ff. (oben Note 195).

Verdeutlichen wir das an den angeführten Beispielen. Der mit der Leistung, also mit der Veräußerung des Grundstücks, der Spende, der Begleichung der Aussteuerkosten oder der Errichtung des Baus verfolgte Zweck ist rechtlich gesehen auch hier nur die Herbeiführung der Erfüllung eines mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses, nämlich von Kauf, Schenkung oder sonstiger Abrede[205]. Ist dieser Zweck erreicht, das Schuldverhältnis also erfüllt, hat der Empfänger die Zuwendung mit Rechtsgrund erlangt. Wo das Fehlen der Geschäftsgrundlage das Schuldverhältnis schon nicht wirksam zustandekommen läßt, bleibt dessen Erfüllung bereits von vornherein aus. Wo, wie hier mit der Aufgabe des Projekts, mit dem Ausbleiben der Forschungsreise oder der Heirat oder mit der Versagung der Genehmigung, der spätere Wegfall der Geschäftsgrundlage das Schuldverhältnis jedenfalls wieder aufzulösen nötigt, kann dieses nunmehr nicht länger durchgeführt werden. Dies aber und nur dies ist es, was die Verfehlung oder Hinfälligkeit des Leistungszwecks ausmacht. Und allein darum ist hier kein Rechtsgrund der empfangenen Leistungsbereicherung gegeben, so daß die Zuwendung mit der condictio indebiti bzw. ob causam finitam erstattet verlangt werden kann. Nicht aber ist die Verwirklichung des Projekts, die Durchführung der Expedition, das Zustandekommen der Heirat oder die Erteilung der Genehmigung ein "besonderer Erfolg", dessen Erreichung mit der Leistung unmittelbar selbst bezweckt wird und mit dessen Nichteintritt die condictio causa data causa non secuta zur Anwendung gelangen könnte. Oder anders gesagt, Rechtsgrund der jeweiligen Zuwendung ist nicht, daß die bei ihrer Bewirkung gehegten Erwartungen eintreffen, Fehlen des Rechtsgrundes nicht, daß sie enttäuscht werden. Das Schuldverhältnis und seine Durchführung müssen unterschieden werden: Die Leistung zielt nicht auf den Eintritt besonderer Erwartungen, sondern

205) Auch wenn in dem in der vorigen Note genannten Fall das Ehepaar den überbauten Grundstücksteil später selbst erwerben soll, bewirkt es doch zunächst eine Zuwendung an die Schwiegereltern: Diese erwerben von ihm nicht das Gebäude, sondern dessen Wert (oben Note 67), gegen den wiederum das - das Gebäude mit umfassende - Eigentum an dem überbauten Teil des Grundstücks ausgetauscht werden soll.

auf die Erfüllung eines Schuldverhältnisses. Dem mit diesem Leistungszweck nicht zu verwechselnden Geschäftszweck des Schuldverhältnisses freilich sind derartige Erwartungen als Geschäftsgrundlage wiederum vorgelagert.

Eine zweite Fallgruppe betrifft die Leistung bei unvollkommenem Synallagma. Dazu ist zunächst vorauszuschicken, daß man die Vorleistung auf einen "gegenseitigen", d. h. vollkommen synallagmatischen Vertrag nicht als Leistung zur Erreichung eines besonderen Erfolges betrachten darf, der in der mit der Gegenleistung zu bewirkenden Zuwendung zu suchen wäre[206]. Bleibt die Gegenleistung aus, kann der vorleistende Teil daher, und das ist seit jeher unbestritten, die von ihm selbst erbrachte Zuwendung nicht mit der condictio causa data causa non secuta zurückfordern. Er hat wieder allein zur Herbeiführung der Erfüllung des mit dem gegenseitigen Vertrag begründeten Schuldverhältnisses geleistet. Verfehlung oder auch Hinfälligkeit des von ihm verfolgten Leistungszwecks ist also nur das Ausbleiben oder der Wegfall der Erfüllung, soweit sie von ihm beansprucht werden kann. Tritt diese Erfüllung nicht ein, fehlt es am Rechtsgrund seiner Zuwendung und steht ihm die condictio indebiti zu. Tritt sie dagegen ein, steht ihm kein Bereicherungsanspruch zu, weil der Empfänger die Zuwendung mit Rechtsgrund erlangt hat. Erst wenn über dem Ausbleiben der Gegenleistung der Geltungsgrund des Schuldverhältnisses dahinfällt, ist mit der Auflösung des Schuldverhältnisses keine Erfüllung und damit kein Rechtsgrund der Zuwendung mehr gegeben. Die daraufhin zum Zuge kommende Leistungskondiktion ist aber wiederum nicht die condictio causa data causa non secuta, sondern die condictio ob causam finitam. Wer also den geschuldeten Kaufpreis schon entrichtet hat, die dafür zugesagte Ware aber nicht geliefert bekommen kann, muß sich zunächst auf die Regelung verweisen lassen, die sich mit der Auswirkung der "Leistungsstörungen" auf

206) Mot. II 842; Söllner AcP 163, 20/1 m.w. Nachw. FN. 1. Aus dem Gegensatz hierzu erklärt sich die oben zu Note 198 genannte Formel vom "besonderen", über die Gegenzuwendung gerade hinausreichenden Erfolg.

das Schuldverhältnis befaßt (§§ 320 ff. BGB). Dann erst dringt er zur Bereicherungshaftung durch (§ 323 Abs. 3 BGB).

Anders, wenn das zu erfüllende Schuldverhältnis keine wie beim gegenseitigen Vertrag streng, sondern eine nur unvollkommen synallagmatische Struktur[207] aufweist: Hier wird die Vorleistung nach überkommener Anschauung[208] und auch im modernen Schrifttum noch immer zu findender Auffassung[209] den Fällen einer Leistung zur Erreichung eines "besonderen Erfolges" zugeschlagen. Dann führt die Verfehlung dieses Erfolges zur condictio causa data causa non secuta. Dabei hat man Sachverhalte von der Art im Auge, wo ein Beteiligter dem vorleistenden anderen Beteiligten zwar eine Gegenzusage gegeben hat, wo diese Zusage aber nach dem Parteiwillen oder aus sonstigen, gesetzlich bestimmten Gründen unerzwingbar bleibt. Wiederum als Beispiel ein neueres Urteil des Bundesgerichtshofes[210]: Ein Neffe errichtet auf dem Grundstück seiner Tante einen Bau, der damit deren Eigentum wird. Dies geschieht auf Grund einer zwischen beiden getroffenen, wegen des Verbots der Beschränkung der Testierfreiheit die Tante jedoch nicht bindenden Absprache, derzufolge der Neffe dafür später einmal das Grundstück vermächtnisweise erwerben soll. Im Testament der Tante wird der Neffe dann aber nicht bedacht und nimmt nunmehr den Erben auf Erstattung der der Tante zugewendeten Bereicherung in Anspruch. Auch der Bundesgerichtshof arbeitet hier mit der Verfehlung eines durch die Vorleistung bezweckten, "besonderen Erfolges". Man findet heute aber bereits auch die Ansicht, die Fälle dieser Art seien in Analogie zur Leistung beim vollkommenen Synallagma zu behandeln[211]. Das allein trifft zu.

---

207) Dazu vor allem die Untersuchung von Kravielicki über die "Grundlagen des Bereicherungsanspruchs" (oben Note 80), insbes. 98 ff., 127 ff.
208) Darüber v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 346/7.
209) Larenz, Schuldrecht II § 63 II (385/6); Söllner AcP 163, 28 ff., 37 ff.; Fikentscher, Schuldrecht § 99 III 2 b.
210) BGHZ 44, 321 ff. (oben Note 195).
211) So v. Caemmerer (oben Note 208) selbst.

Dabei ist von vornherein Gewicht darauf zu legen, daß es sich auch hier um Schuldverhältnisse handelt, die auf einen Austausch gerichtet sind. Diese Schuldverhältnisse sind darum ebenso wie "gegenseitige Verträge" erst mit beiderseits vollzogener Leistung vollständig erfüllt, um dann sowohl Zuwendung als auch Gegenzuwendung zu decken. Ihre Besonderheit ist nur, daß der Vorleistende seinerseits keinen Erfüllungsanspruch hat. Aber das tut der Erstreckung des Schuldverhältnisses auf die Austauschbeziehung in ihrer Gesamtheit keinen Abbruch. Das Vorhandensein eines Schuldverhältnisses hängt allgemein überhaupt nicht und darum hier auch insoweit nicht davon ab, ob es anspruchsbewehrt ist[212]. Weiter aber reichen die Abweichungen vom voll synallagmatischen gegenseitigen Vertrag nicht. Auch hier darf daher die Gegenzuwendung nicht als ein "besonderer Erfolg" verstanden werden, zu dessen Erreichung dieVorleistung vollzogen wird und dessen Ausbleiben den Anspruch des § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB nach sich zieht. Wiederum sind vielmehr das mit der Verpflichtung eingegangene Schuldverhältnis und seine Durchführung mit der Leistung für die rechtliche Betrachtung auseinanderzuhalten. Mit der Vorleistung soll die Erfüllung des in ihr in Bezug genommenen Schuldverhältnisses herbeigeführt, nicht aber die Gegenzuwendung erlangt werden. Von dem so ermittelten subjektiven Leistungszweck ist der auf den Austausch von Zuwendung und Gegenzuwendung gerichtete objektive Geschäftszweck des Schuldverhältnisses scharf zu unterscheiden: In diesem Geltungsgrund des Schuldverhältnisses wiederum geht der "besondere Erfolg" hier in Wahrheit auf, womit sich das Postulat einer den besonderen Erfolg umreißenden Zweckvereinbarung unter den Beteiligten zwanglos erklärt. Was den besonderen Erfolg überhaupt eigens hervorzuheben nötigen kann, ist nur diese seine Natur als Geltungsgrund gerade eines Schuldverhältnisses. Denn so erst läßt sich die Abgrenzung von den Tatbeständen gewinnen, in denen die Leistung zwar ebenfalls nicht die Erlangung einer Gegenzuwendung, sondern die Herbeiführung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses bezweckt, wo die Vereinbarung des Geltungsgrundes dieses Schuldverhältnisses jedoch auf die Unentgeltlichkeit der Zu-

212) Oben zu Note 108 bis 111; vgl. zu Note 179/180.

wendung gerichtet und nur einseitig von einer uneigennützigen Zielsetzung des Vorleistenden motiviert ist. Dann aber kann auch hier nicht anders als beim voll ausgebildeten Synallagma des gegenseitigen Vertrages verfahren werden.

Oder wieder auf das von uns herangezogene Beispiel angewandt: Die zwischen dem Neffen und der Tante getroffene Vereinbarung hat ein Schuldverhältnis begründet, das auf den Austausch zweier Zuwendungen gerichtet ist, nämlich des mit dem Bau der Tante zufließenden Gebäudewertes und des späteren Erwerbs des Grundstücks durch den als Vermächtnisnehmer zu bestimmenden Neffen[213]. Allerdings steht dem Neffen kein dahingehender Erfüllungsanspruch zu. Denn aus der Vereinbarung als solcher kann ihm ein derartiger Anspruch wegen des in § 2302 BGB angeordneten Verbots nicht erwachsen sein. Ein Anspruch aus dem zur Ausfüllung dieser Vereinbarung vorgesehen gewesenen Vermächtnis liegt gleichfalls nicht vor, weil die Aussetzung des Vermächtnisses ja gerade unterblieben ist. Trotzdem aber wäre es nicht richtig, Anspruch und Schuldverhältnis miteinander zu identifizieren und darum zu leugnen, daß auch insoweit gleichwohl ein Schuldverhältnis und eben darum insgesamt hier tatsächlich eine volle Austauschbeziehung des dargelegten Inhalts gegeben ist. Dem steht auch die in § 2302 BGB ausgesprochene Nichtigkeitsfolge i.V.m. § 139 BGB nicht entgegen. Denn diese kann nicht wirklich schon die Entstehung eines in seinem ganzen Umfang erfüllungsfähigen Schuldverhältnisses verhindern, sondern nur einem das Verbot des § 2302 BGB widersprechenden, aus einem solchen Schuldverhältnis erwachsenden Erfüllungsanspruch unterbinden[214]. Mit der Errichtung des Gebäudes leistet der Neffe nun rechtlich gesehen nicht zur Erreichung eines besonderen, in künftigen Erwerb des Grundstücks bestehenden Erfolges, sondern zur Erfüllung der mit der Tante getroffenen Austauschabrede. Darum kann er, wenn er dann später entgegen seiner Erwartung nicht Eigentümer des Grundstücks wird, die von ihm erbrachte Zuwendung auch nicht vom Erben der Tante

213) Das Note 205 Gesagte gilt entsprechend auch hier.
214) Oben zu Note 212. Besonders nahe kommt dem die Erfüllbarkeit des formnichtigen Grundstückskaufvertrages durch den Verkäufer (§ 313 Satz 2 BGB). Vgl weiter: Krawielicki, Grundlagen 149 ff., 155/6; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 346; Söllner AcP 163, 39.

mit der condictio causa data causa non secuta nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB zurückverlangen. Erreichung des vom Neffen verfolgten Leistungszwecks und damit Rechtsgrund der der Tante zugewendeten, in die Erbschaft gefallenen Bereicherung ist nicht, daß der Neffe seinerseits das Eigentum an dem Grundstück erwirbt, sondern daß die Abrede mit der Tante von seiner Seite erfüllt ist. Verfehlung oder Hinfälligkeit des Leistungszwecks oder Fehlen des Rechtsgrundes der Bereicherung ist nicht, daß statt des Neffen ein anderer der Eigentümer des Grundstücks wird, sondern daß die Erfüllung der Abrede ausbleibt oder wieder wegfällt. Wäre die Austauschabrede hier also, aus welchem Grunde auch immer, gar nicht zustande gekommen, hätte der Neffe die condictio indebiti nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB geltend machen können. Zunächst hatte es jedoch an einer erfüllungsfähigen Abrede tatsächlich nicht gefehlt und war diese Abrede auch so weit in Vollzug gesetzt worden, als dies die Tante von dem Neffen hatte beanspruchen dürfen. Darum steht dem Neffen eine Leistungskondiktion nunmehr erst zu, wenn das Schuldverhältnis in seiner Gesamtheit wegen des Ausbleibens der Gegenleistung analog §§ 320 ff. BGB wieder aufgelöst und daher auch insoweit nicht länger erfüllt wird. Dann aber ist der gegen den Erben der Tante gerichtete Anspruch die condictio ob causam finitam nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB[215]. Anders, wenn der Neffe die Zuwendung seiner Tante nicht zur Erfüllung einer solchen Austauschabrede, sondern eines Schenkungsvertrages gemacht, diesen Vertrag wiederum aber nur deshalb abgeschlossen hätte, um sich der Tante als würdigen Anwärter einer letztwilligen Verfügung über das Grundstück gehörig in Erinnerung zu bringen. Wäre er hier dennoch von der Tante nicht bedacht worden, wäre seine Zielsetzung unbeachtliches Motiv der Schenkung geblieben. Die Enttäuschung seiner Erwartungen hätte den Schenkungsvertrag und mit dessen Erfüllung auch den Rechtsgrund der der Tante gemachten Zuwendung unberührt gelassen.

215) Irreführend Söllner aaO 29, wenn er hier nicht nur die condictio causa data causa non secuta vertritt (aaO 26 ff., 37 ff.; oben Note 209), sondern diese zudem noch als Ersatz des fehlenden Erfüllungsanspruchs des Vorleistenden gegen den Empfänger bezeichnet. Denn der Erfüllungsanspruch könnte sich nur auf die vom Empfänger zu erbringende Gegenzuwendung richten. Der bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsanspruch gegen den Empfänger zielt dagegen auf die diesem vom Vorleistenden erbrachte Zuwendung.

Was hiernach von den Materien der alten Leistung "ob causam" heute noch übrig bleibt, ist allein eine dritte Fallgruppe der Leistung auf künftige Schuld. Oder genauer: der Leistung auf ein im Gegensatz zu den bisher erörterten Fällen erst künftig zustande kommendes oder doch erst künftig in Wirksamkeit erwachsendes Schuldverhältnis. Der sich dann bei Verfehlung des Leistungszwecks öffnende Anwendungsbereich der condictio causa data causa non secuta ist als solcher unbestritten[216]. Der Betonung bedarf es nur, daß er der einzige Anwendungsbereich dieses Anspruchs ist. Das wird denn auch zunehmend richtig erkannt. So sagt man, für diesen Anspruch seien nur solche Fälle in Betracht zu ziehen, wo es an einer Vertragsgrundlage der mit der Leistung bewirkten Zuwendung fehlt[217].

Auch insoweit an eine Leistung zur Erreichung eines besonderen Erfolges und entsprechend auch wieder an den Nichteintritt eines besonderen Erfolges zu denken bietet sich ganz natürlich an. Zumeist nämlich liegt der Vorwegleistung die Absicht des Leistenden zugrunde, mittelbar den Abschluß oder das Wirksamwerden des bei eben dieser Vorwegleistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses zu fördern: Ein Sammler überweist nach langen Verhandlungen dem Eigentümer eines Liebhaberstücks eine Anzahlung, um ihn vollends zum Verkauf zu bewegen. Dieser kann sich aber letztlich doch nicht dazu durchringen, das ihm unterbreitete Angebot anzunehmen[218]. Der Käufer zahlt den Kaufpreis in der Hoffnung, den Verkäufer dadurch zur Bewilligung der Umschreibung seines Grundstücks zu veranlassen, und auf diese Weise die Heilung des zwar schon abgeschlossenen, aber formnichtigen Vertrages zu erwirken. Der Eigentümer geht darauf aber nicht ein[219]. Oder auch, ein sonstiger Dritter oder eine Behörde, etwa der Vormund des Eigentümers oder das Vormundschaftsgericht, sollen auf solche

216) RGZ 129, 307 ff.; BGHZ 48, 70 (73) (oben Note 195); v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 344 FN. 39; Larenz, Schuldrecht II § 63 II (385); Esser, Schuldrecht § 192, 3; Söllner aaO 34 ff.

217) Esser aaO § 192, 4; Frotz AcP 164, 326.

218) Vgl. RGZ 129, 307 ff. (oben Note 216) und BGHZ 48, 70 (73) (oben Note 195 und 216).

219) Esser, Schuldrecht § 189, 2 c.

Weise veranlaßt werden, eine für das Wirksamwerden des Verpflichtungsvertrages erforderliche Genehmigung zu erteilen. Die Genehmigung wird jedoch versagt.

Und doch geht man an dem für die rechtliche Würdigung von Sachverhalten dieser Art ausschlaggebenden Gesichtspunkt vorbei, wenn man einen so verstandenen "besonderen Erfolg" als den mit der Leistung verfolgten Zweck betrachtet. Noch einmal: Begründung und Durchführung des Schuldverhältnisses sind auseinanderzuhalten. Auf diesem Unterschied fußend ist richtig gesehen Leistungszweck hier nicht, den Empfänger der Zuwendung oder einen Dritten zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, das dann zum Zustandekommen eines wirksamen Schuldverhältnisses führt. Der mit der Leistung verfolgte Zweck greift vielmehr darüber schon hinaus. Denn er besteht auch hier allein wieder in der Herbeiführung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses. Nur ist dessen wirksames Zustandekommen von einem bestimmten Verhalten des Empfängers oder eines sonstigen Dritten oder auch von anderen Umständen noch abhängig und steht darum bei der Vornahme der Leistung noch aus. Damit verlagert sich der "besondere Erfolg" hier in Wahrheit auf eben diese Erfüllung des Schuldverhältnisses. Und allein deshalb hat man es hier nun statt mit der Geschäftsgrundlage oder dem Geschäftszweck wirklich mit dem Leistungszweck zu tun, bei dessen Verfehlung dann auch die condictio causa data causa non secuta anwendbar ist. Dem steht nicht entgegen, daß die Erfüllung des Schuldverhältnisses der Leistung hier erst später nachfolgen kann: Schon früher[220] war darauf hinzuweisen, daß es der subjektiven Natur des Leistungszwecks gemäß auf die Vorstellung des Leistenden ankommt. Von einem in der Herbeiführung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses bestehenden Leistungszweck, so sagten wir, hat man daher keineswegs nur dann zu sprechen, wenn das zu erfüllende Schuldverhältnis im Zeitpunkt der Leistung schon vorhanden ist oder wenigstens gleichzeitig mit der Leistung begründet wird. Dieser Leistungszweck ist vielmehr auch dann kein anderer, wenn

220) Oben bei Note 84.

das Schuldverhältnis wie in den jetzt behandelten Fällen erst nach der Leistung wirksam zustandekommen soll. Trifft diese Erwartung so, wie bei der Leistung vorausgesehen, später tatsächlich ein, wird das Schuldverhältnis damit dann sogleich auch schon in Vollzug gesetzt. Mit diesem Eintritt der Erfüllung des Schuldverhältnisses ist der Leistungszweck erreicht und hat der Empfänger darum die mit der Leistung bewirkte Zuwendung mit Rechtsgrund erlangt. Kommt das Schuldverhältnis dagegen nicht wirksam zustande, wird umgekehrt der Leistungszweck allein deshalb verfehlt, weil die Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses nun endgültig ausbleibt. Dann fehlt es am Rechtsgrund der Bereicherung des Empfängers, weshalb dieser sie mit der condictio causa data causa non secuta zurückerstatten muß.

Der nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB "mit einer Leistung bezweckte Erfolg" ist also überhaupt kein anderer, als er auch in § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 und Satz 2 Fall 1 BGB vorausgesetzt ist, nämlich immer nur die Erfüllung eines Schuldverhältnisses. Und nicht etwa kommt es, wie der Gesetzeswortlaut glauben machen könnte, hier auf den Nichteintritt des mit der Leistung bezweckten Erfolges, dort hingegen auf ein davon zu unterscheidendes, schon anfängliches oder späteres Fehlen des Rechtsgrundes der Bereicherung an. Überall ist vielmehr Fehlen des Rechtsgrundes der Leistungsbereicherung und Scheitern des mit der Leistung bezweckten Erfolges dasselbe, und zwar Ausbleiben oder Wegfall der Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses. Und schließlich, auch daß der Erfolg "nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckt" sein soll, stellt keine Besonderheit der condictio causa data causa non secuta dar. Insoweit handelt es sich nur um einen ausdrücklichen Hinweis auf die hier wie auch sonst nicht zu entbehrende, vom Leistenden zur Konkretisierung des Leistungszwecks einseitig getroffene Leistungsbestimmung. Das heißt, daß sich in Wirklichkeit die von der herrschenden Ansicht als notwendiges Erfordernis betrachtete, wenigstens stillschweigend zu treffende Zweckvereinbarung unter den Beteiligten aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB gar nicht ~~aus~~auslesen läßt. Eine solche Zweckvereinbarung ist nur für die beiden zuvor

behandelten, aber für den Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB, wie gezeigt, gerade nicht einschlägigen Fallgruppen bedeutsam, die es mit der Geschäftsgrundlage oder mit dem Geschäftszweck zu tun haben[221]. Wollte man sich trotzdem auch hier auf eine Vereinbarung der Beteiligten versteifen und dabei nicht wieder auf das unhaltbare Postulat einer Einigung über Leistungszweck und Leistungsbestimmung verfallen, käme nur wieder eine Einigung über den Geschäftszweck in Frage. Das aber würde auf das Handgeschäft hinauslaufen, weil die Vereinbarung ja gerade bei der Leistung getroffen werden müßte[222]. Das Handgeschäft ist jedoch, wie bereits erörtert, in den Zusammenhang von Zweck und Zweckverfehlung auf andere Weise einzuordnen[223]. Wenn man aber der nach heutiger Erkenntnis alles andere als geglückten Fassung des § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB insoweit tatsächlich nur einen Hinweis auf die ganz allgemein nicht zu entbehrende, vom Leistenden allein zu treffende Leistungsbestimmung entnehmen kann, ist dennoch erklärlich, warum diese Bestimmung nur gerade hier ausdrücklich hervorgehoben wird. Denn in den hier allein wirklich hergehörenden Sachverhalten soll das zu erfüllende Schuldverhältnis abweichend von der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle einer Leistung eben erst künftig begründet oder wenigstens erst künftig wirksam werden. Dadurch erhält seine konkrete Bestimmung rein praktisch gesehen hier auch größeres Gewicht.

Demnach liegt die Bedeutung der Vorschrift des § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB nicht darin, daß sie einen auf besondere Fälle zugeschnittenen bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsanspruch von eigener Art gewährt. Gäbe es sie nicht, hätte man auch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB dieselben rechtlichen Folgerungen zu ziehen. Der eigentliche Sinn dieser Bestimmung ist umgekehrt der,

---

221) Erst recht unzutreffend daher Esser, Schuldrecht § 192, 3, der die Zweckvereinbarung vollends als einverständliche Begründung eines eigengearteten bereicherungsrechtlichen Rechtsgrundes verstanden wissen will. Rechtsgrund der Bereicherung kann nur die spätere Erfüllung des künftig wirksamen Schuldverhältnisses sein.

222) So in der Tat etwa v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 344 FN. 39.

223) Oben zu Note 179 bis 183.

daß man eine Rückabwicklung zunächst gerade nicht soll erzwingen können, obwohl auf die Leistung hin die Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses hier zwangsläufig erst einmal ausbleibt. Die darum schon von Anbeginn vorhandene Leistungskondiktion soll sich vielmehr erst dann auch geltend machen lassen, wenn endgültig feststeht, daß das Schuldverhältnis nicht mehr zustandekommen bzw. nicht mehr wirksam werden wird; also erst, wenn sich auch die Aussichten auf die künftige Erfüllung des Schuldverhältnisses endgültig zerschlagen haben[224]).

Läßt sich also, um nun noch einmal auf unsere Beispiele zurückzugreifen, der von dem Sammler umworbene Eigentümer durch die Anzahlung schließlich dazu bewegen, in den Verkauf des begehrten Stükkes einzuwilligen, bewilligt der Grundstückseigner nach Eingang des Kaufpreises die Umschreibung des Grundstücks, oder genehmigen Vormund oder Vormundschaftsgericht, durch die Vorauszahlung von der Zahlungsfähigkeit des Käufers überzeugt, das Verpflichtungsgeschäft des Mündels, so wird das nunmehr abgeschlossene oder wirksam zustandegekommene Schuldverhältnis auf Grund der Vorwegleistung auch sogleich in Vollzug gesetzt. Damit hat der Empfänger die ihm erbrachte Zuwendung mit Rechtsgrund erlangt. Scheitern die Kaufverhandlungen oder bleibt die Übereignung des Grundstücks bzw. die erforderliche Genehmigung des Verpflichtungsgeschäfts aus, kann die Zuwendung nach § 812 Abs.1 Satz 2 Fall 2 BGB kondiziert werden; Dies jedoch nicht unmittelbar deshalb, weil der Kaufvertrag nicht abgeschlossen worden oder in Ermangelung der Übereignung des Grundstücks nicht gehalten worden oder wegen der Versagung der Genehmigung nicht in Wirksamkeit erwachsen ist. Die rechtliche Begründung ist vielmehr, daß es, wie schon von Anbeginn, so nun auch endgültig nicht zur Erfüllung dieses mit der Vorwegleistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses kommt. Es fehlt also nun auch endgültig an einem Rechtsgrund der mit der Vorwegleistung bewirkten Zuwendung. Nicht eingetretener Erfolg ist mit anderen Worten nicht ein Verhalten des Empfängers oder sonstiger Dritter, sondern die spätere Erfüllung der bei der Leistung als künf-

224) Vgl. auch Esser, Schuldrecht § 189, 4.

tig wirksam zustande kommend vorausgesetzten Schuld. Bleibt diese spätere Erfüllung aus, wird das freilich in der Regel daran liegen, daß es der Empfänger oder andere Dritte an einem von ihnen erwarteten Verhalten haben fehlen lassen und daß gerade dadurch das zu erfüllende Schuldverhältnis schon nicht abgeschlossen oder wenigstens nicht wirksam wird. Das Ausbleiben der späteren Erfüllung wegen Ausbleibens der künftigen Schuld kann aber auch von einem solchen Verhalten bestimmter Dritter unabhängige Gründe haben wie etwa dann, wenn ein Gesellschafter auf einen erhofften, jedoch nicht verwirklichten Geschäftsgewinn bereits einen Vorschuß ausbezahlt erhalten hatte[225]. Alle diese Ergebnisse würden sich eigentlich auch schon mit § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB belegen lassen. Die Vorschrift des § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB hat demgegenüber nur klarstellende Bedeutung: Der Leistende soll trotz schon anfänglichen Fehlens des Rechtsgrundes der Zuwendung bei Vermeidung einer Widersprüchlichkeit seines Verhaltens den bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsanspruch erst dann geltend machen können, wenn sich seine bei der Leistung gehegten Erwartungen einer späteren Erfüllung des Schuldverhältnisses endgültig zerschlagen haben. Es muß also feststehen, daß der Rechtsgrund der Bereicherung des Empfängers nicht nur, wie vom Leistenden erwartet, anfänglich gefehlt hat, sondern daß es bei diesem Fehlen des Rechtsgrundes wider sein Erwarten auch bleiben wird.

Auch die herkömmlich im Zusammenhang mit der condictio causa data causa non secuta erörterten Fälle lassen somit keine andere Feststellung zu, als daß der Leistungswille immer nur Erfüllungswille ist. Jedenfalls erschöpft sich darin allein seine rechtliche Bedeutung und führt es nicht weiter, diese Bedeutung statt dessen in der Veranlassung eines Dritten zu einem bestimmten Verhalten zu suchen. Oder, wenn man der heute gebotenen Einsicht noch einmal in der Sprache des gemeinen Rechts Ausdruck verleihen möchte, für uns kann es recht verstanden eben nur noch die Leistung "solvendi causa", nicht aber länger auch eine eigene Leistung "ob causam" geben: Auch hier ist Leistungszweck ausschließlich, die Erfüllung eines Schuld-

225) RGZ 85, 43 ff.

verhältnisses herbeizuführen. Nicht aber ist Leistungszweck, einen von einer solchen Erfüllung in Wahrheit gar nicht unterscheidbaren "besonderen Erfolg" auszulösen[226]. Soll das klar herausgetreten, müssen freilich auch der das Schuldverhältnis tragende Geschäftszweck und, diesem vorgelagert, die auf die beiderseitigen Erwartungen der Beteiligten gestützte Geschäftsgrundlage und das nur einseitige Motiv der schuldbegründenden Verpflichtung gegen den solchermaßen allein auf die Durchführung des Schuldverhältnisses gerichteten Leistungszweck unzweideutig abgehoben werden. Dann aber ergibt sich zugleich, was man unter dem als Erreichung des Leistungszwecks zu bestimmenden Rechtsgrund der Leistungsbereicherung allein wieder zu verstehen hat: Nämlich immer nur die Verwirklichung eines Schuldverhältnisses, hier der im Zeitpunkt der Leistung noch künftigen Schuld in der demgemäß erst späteren Erfüllung des dann abgeschlossenen oder wirksam gewordenen Schuldverhältnisses; nicht aber auch den Eintritt eines außerhalb einer solchen Erfüllung zu sehenden sonstigen, "besonderen Erfolges"[227]. Umgekehrt erweist sich das in der Verfehlung oder Hinfälligkeit des Leistungszwecks gelegene Fehlen des Rechtsgrundes der Bereicherung wieder immer nur als das Ausbleiben oder der Wegfall der Erfüllung des Schuldverhältnisses, nicht auch als der Nichteintritt eines anderweitigen besonderen Erfolges.

dd) Vom Standpunkt der herrschenden, die Leistungskondiktion mit dem Gedanken der Zweckverfehlung darstellenden Meinung aus ist gesagt worden, gerade die Betonung der Zweckverfehlung mache wiederum zwangsläufig eine Differenzierung nach den verschiedenen, von uns

226) In diesem Sinne wiederum Boehmer, Erfüllungswille 25 ff. und ABR 38, 334; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 366 und JZ 1962, 386; Thomé JZ 1962, 626; vgl. auch Barnstedt, Rechtsgrundlosigkeit 55. Der herrschenden Ansicht folgend, jedoch auch insoweit mit jedenfalls einschränkender Auslegung Scheyhing AcP 157, 378/9. Vgl. oben Note 187.

227) Hierzu wieder Barnstedt aaO 26, wo für den Rechtsgrund der Bereicherung allein auf die Erfüllung des Schuldverhältnisses, und auch v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 344, wo wenigstens in der Sache entsprechend allein auf die "Durchführung der schuldrechtlichen Vereinbarung" abgestellt wird; ferner Krawielicki, Grundlagen 159 ff., 182. v. Caemmerer erstreckt die Betrachtung aaO FN. 39 dann freilich über die Fälle der Vorwegleistung auf künftige Schuld hinaus auch auf das Handgeschäft, oben Note 222; dagegen oben zu Note 223. Im übrigen oben zu Note 111 und 188.

vorstehend erörterten Leistungszwecken erforderlich. Andernfalls würde man das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung unversehens mit sachfremden Kategorien belasten[228]. Blicken wir zurück, kann demgegenüber außer der Herbeiführung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses ein anderer Leistungszweck nicht anerkannt werden. Dies aber weist darauf hin, daß hier mit der Betonung der Zweckverfehlung die Akzente schon von vornherein falsch gesetzt worden sind. Und noch mehr: Gerade dann, wenn man nach wie vor daran festhält, daß der mit der Leistung verfolgte Zweck außerdem auch in der Ermöglichung des Zustandekommens eines Schuldverhältnisses oder in der Erreichung eines sonstigen, besonderen Erfolges bestehen könne, ist der Vorwurf einer Belastung des Bereicherungsrechts mit sachfremden Kategorien am Platze. Denn eben damit gibt man in Wahrheit noch immer der falschen Neigung nach, die Bewältigung von Fragen unmittelbar auf die Leistungskondiktion abzuschieben, die richtig gesehen zunächst gar nichts mit dem Leistungszweck zu tun haben, sondern nur den Geschäftszweck oder dessen Voraussetzungen angehen: Fragen, deren Lösung erst einmal in der Rechtsgeschäftslehre und in der Lehre von den Leistungsstörungen zu suchen ist[229].

Hat man aber nur erst klargestellt, daß sich der rechtlich relevante Zweck einer Leistung ein für allemal darin erschöpft, zur Erfüllung eines Schuldverhältnisses zu gelangen, hat man also den historischen Ballast der darüber weit hinausgreifenden, aber die Problemstrukturen der Zwecklehre nur immer wieder neu verdunkelnden Vorstellungen beherzt über Bord geworfen, wird man vollends auch dazu durchfinden, daß überhaupt nicht die Zweckverfehlung, sondern

228) Zeiß JZ 1963, 7/8.

229) Das wird gerade auch bei Zeiß (vorige Note) deutlich: Zwar ist er mit Entschiedenheit um die Abgrenzung von Leistungszweck einerseits und Geschäftszweck und Geschäftsgrundlage andererseits bemüht (aaO und eingehend AcP 164, 59 ff., insbes. auch 64/5; oben Note 201). Und doch geht er davon aus, die Leistungskondiktion behandle einen Ausschnitt aus dem Problemkreis von Verfehlung oder Wegfall der Geschäftsgrundlage (AcP aaO 58/9; oben Seite 12 Note 23). Es kommt eben darauf an, den Leistungszweck auf seine allein erfüllungsbezogene Bedeutung zurückzuführen, anstatt hier noch weiter differenzieren zu wollen. Dann erst kann die gesuchte Abgrenzung gegenüber dem Geschäftszweck und dessen Voraussetzungen zu einem klaren Ergebnis führen.

allein die Fortwirkung eines Rechts die Leistungskondiktion zu erklären vermag. Denn nicht eine Art gesetzlicher Anfechtung, sondern die Fortwirkung eines mit der Leistung aufgeopferten subjektiven Rechts als die schon sehr viel unmittelbarer einsetzende Rechtsfolge ist es, die bei unbefangener Betrachtung als das Natürliche und Naheliegendste erscheinen muß: Stellt sich auf die Leistung hin die Erfüllung des in Bezug genommenen Schuldverhältnisses nicht ein oder fällt sie nachträglich wieder weg, wäre an sich zunächst zu erwarten, daß der in der Zuwendung bestehende Leistungserfolg versagt bleibt oder nachträglich wieder entfällt. An der Veräußerung durch Übereignung verdeutlicht hieße dies, daß der Empfänger unter solchen Voraussetzungen schon gar nicht Eigentümer wird bzw. das Eigentum nachträglich von selbst wieder an den Leistenden verliert. Der Abstraktionsgrundsatz verwehrt nun freilich diese Konsequenz. Bei einer Verwertungsleistung, also beispielsweise bei der im Rahmen einer Reparatur von einem Handwerker vorgenommenen Veräußerung durch Sachverbindung, tritt der Leistungserfolg sogar unabhängig vom Abstraktionsprinzip ebenso ein und bleibt unabhängig von ihm ebenso bestehen. Aber wenn das subjektive Recht dem Leistenden schon nicht einfach erhalten bleibt bzw. wenn es schon nicht später von selbst wieder an ihn zurückfällt, muß sich dann immerhin doch die Wurzel der dem Leistenden wenigstens noch verbleibenden Leistungskondiktion gegen den Empfänger in dem aufgeopferten Recht finden lassen. Demgegenüber schlägt man einen nicht zu rechtfertigenden Umweg ein, wenn man die Erklärung dieses Anspruchs erst aus der dem Rechtsgeschäft eigentümlichen Rücksichtnahme auf den enttäuschten Willen des Leistenden herauslesen möchte.

In ebenderselben Richtung sogar noch einen ganzen Schritt weiter geht jedoch eine verbreitete Ansicht, welche die Leistungskondiktion noch entschiedener gerade auf Zweck und Zweckverfehlung gestützt durch die Verbindung mit einem "Leistungsverhältnis" zu fundieren versucht. Danach soll der Leistungszweck den Rahmen für ein solches Leistungsverhältnis zwischen dem Leistenden und dem Empfänger abstecken. Verfehlung oder Hinfälligkeit des Leistungszwecks haben dann gleichsam als Umkehrung des Leistungsverhältnisses die Leistungskondiktion zur Folge, so daß es auf ein im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1BGB

"auf Kosten" des Leistenden gehendes Opfer für den Anspruch überhaupt nicht ankommt[230]. Damit werden die Bemühungen verfeinert, vom Mangel der schuldrechtlichen Unterlage herkommend ein in Parallele zum Schuldverhältnis stehendes Rückabwicklungsverhältnis herauszubilden. Aber gerade so kann eben nach der Leistungskondiktion schon allein deshalb nicht gefragt werden, weil man mit der - hier besonders nachdrücklichen - Verlagerung ihrer Entstehungsvoraussetzungen auf die Zwecklehre den sehr viel ursprünglicheren dogmatischen Ansatz für den Anspruch in einem aufgeopferten Recht schon gleich von vornherein überspringt. Das ist es auch, was die bewußte Leugnung des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals des Erlangens "auf Kosten" eines anderen nicht überzeugend erscheinen läßt.

Endgültig gesteuert ist dem gewissermaßen kurzschlüssigen Operieren mit dem Gedanken der Zweckverfehlung erst dann, wenn man in der Leistungskondiktion gleichfalls einen Rechtsfortwirkungsanspruch zu sehen gelernt hat. Denn dann erst zeigt sich eindeutig, daß das den Anspruch zur Entstehung bringende, in der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung liegende Zustandsunrecht selbst nichts mit dem Bedürfnis zu tun hat, bestimmte Fehlvorstellungen zu korrigieren, sondern an der das subjektive Recht konstituierenden Zuweisung der Herrschaftsmacht über einen Gegenstand gemessen werden muß. Ob der Leistende den mit seiner Leistung verfolgten Leistungszweck erreicht oder nicht und ob damit der Empfänger die Bereicherung mit oder ohne Rechtsgrund erlangt, ist schon eine weitere, davon zu unterscheidende Frage, die nur noch den Fortbestand der in ihren Entstehungsvoraussetzungen bereits fertigen Haftung betrifft. Insofern freilich wirken sich Erreichung bzw. Verfehlung oder Hinfälligkeit des immer nur in der Herbeiführung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses bestehenden Leistungszwecks unmittelbar auf diese Haftung aus. Die Gründe für den Eintritt bzw. das schon anfängliche Ausbleiben, den späteren Wegfall oder das trotz gegenteiliger anfänglicher Erwartungen später doch endgültige Ausbleiben der Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses hingegen haben mit der

230) Diese Lehre ist zuerst von Kötter AcP 153, 195 ff. entwickelt worden. Statt aller übrigen: Esser, Schuldrecht § 189, 7. Vgl. oben Seite 11 Note 19.

Bereicherungshaftung als solcher nichts zu schaffen.

d)Erst recht an der Sache vorbei geht es darum, wenn man nicht allein das die Entstehung der Leistungskondiktion bestimmende Zustandsunrecht mit dem Gedanken der Zweckverfehlung vermengt, sondern, wenigstens vereinzelt, den dabei als maßgeblich bezeichneten Zweck nun auch unabhängig von der Frage nach dem Leistungszweck im Geschäftszweck des Schuldverhältnisses erblickt oder aus der den Geschäftszweck stützenden Geschäftsgrundlage herausholen will. Vergewissern wir uns genau, was das bedeutet: Hier bildet nicht der einseitig vom Leistenden mit der Leistung verfolgte und das Leistungsverhalten final überdeterminierende, subjektive Zweck den Ausgangspunkt der Betrachtung. Oder anders gesagt, hier steht nicht derjenige Zweck zur Erörterung, der entgegen dem nicht immer eindeutigen Sprachgebrauch allein den Namen Leistungszweck tatsächlich auch verdient. Ausgangspunkt der Betrachtung ist vielmehr ein ganz anderer, mit der auf die Herbeiführung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses gerichteten Leistung selbst nicht verfolgter und auch gar nicht verfolgbarer Zweck: Nämlich der in aller Regel vertraglich vereinbarte, als Geltungsgrund des Schuldverhältnisses seiner Natur nach objektive Geschäftszweck und seine in der Geschäftsgrundlage zusammengefaßten Voraussetzungen. Bisher hatten wir die "Verfehlung" oder "Hinfälligkeit" des Leistungszwecks zu behandeln, der durch das finale Moment des Leistungswillens charakterisiert wird; auf Geschäftszweck und Geschäftsgrundlage waren wir erst über den mit der Annahme einer Leistung "obligandi causa" oder "ob causam" falsch verstandenen Leistungszweck gestoßen. Jetzt hingegen haben wir es schon von vornherein mit dem "Fehlen" oder dem "Wegfall" eines tragfähigen Geschäftszwecks oder der Geschäftsgrundlage zu tun, deren Charakter der objektivierte Verpflichtungswille bestimmt. Daß dieser Ausgangspunkt für die dogmatische Erklärung der Leistungskondiktion falsch gewählt ist, wird heute ganz überwiegend richtig erkannt, kann aber allen Beteuerungen zum Trotz noch immer nicht als gesichert gelten[231]. Das

231) So sagt etwa Zeiß JZ 1963, 7/8,es sei sicher, daß es sich bei § 812 BGB nur um die Verfehlung des Leistungszwecks handle, nicht aber um eine sonstige Zweckverfehlung oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Aber schon er selbst meint an anderer Stelle, die Leistungskondiktion behandle einen Problemkreis der Verfehlung oder des Wegfalls der Geschäftsgrundlage; AcP 164, 58/9. Vgl. oben Note 173, 228/9.

zeigt sich etwa auch dann, wenn man die Leistungskondiktion als Behelf zur Geltendmachung von Geschäftsmängeln, namentlich des Irrtums, betrachtet findet. Und besonders deutlich tritt es in den Bestrebungen in Erscheinung, auf der Unterscheidung von Geschäftszweck und Geschäftsgrundlage aufbauend innerhalb der Leistungskondiktion zu einer weiteren Differenzierung nach einzelnen Anspruchstypen zu gelangen. Hierher gehört vor allem der schon erwähnte Versuch von Fikentscher[232], "technische" und "materielle" Leistungskondiktionen einander gegenüberzustellen.

aa) Die "technische" Leistungskondiktion[233] soll der Rückabwicklung von Verträgen dienen, deren Scheitern das Gesetz an anderer Stelle geregelt hat. Die Entstehungsvoraussetzungen des Anspruchs weisen damit auf den Geschäftszweck des nicht wirksam zustandegekommenen Schuldverhältnisses: Die Wurzel des Anspruchs soll dogmatisch in diesem Ursprungsverhältnis zu suchen, die Verselbständigung des Anspruchs gegenüber dem Ursprungsverhältnis nur rechtstechnischer Natur sein[234].

So gesehen begreift man eine Rückabwicklung, die nach vollzogener Leistung beispielsweise dann, wenn der Kaufvertrag wegen Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten oder wegen Dissenses der Partner keine Wirksamkeit erlangt hat, erforderlich wird, als eine von dem im Verpflichtungsgeschäft statuierten Geschäftszweck schon von vornherein mit umfaßte Eventualität. Nun liefert gewiß der Schuldverhältnis und Leistungskondiktion voneinander scheidende Gesetzesaufbau kein entscheidendes Argument gegen diese Auffassung. Dennoch werden hier Fiktionen beschworen. Wer kauft, vereinbart einen Austausch von Ware und Preis. Wer schenkt, vereinbart eine Freigebigkeit. Nicht aber

232) Schuldrecht § 99 I bis III; oben Seite 12/3 zu Note 25, Seite 19 zu Note 39. Zuletzt oben zu Note 79.

233) aaO § 99 II.

234) So jedenfalls wird man Fikentscher zu verstehen haben. Denn hier (aaO § 99 II 1 d) wird gerade die Technizität der Verselbständigung der Leistungskondiktion gegenüber dem "nach anderweit im Gesetz enthaltenen Bestimmungen vorgegebenen Fehlen des rechtlichen Grundes" besonders betont; sonst dagegen soll "dem Bereicherungsrecht neben seiner technischen Bedeutung als Rückabwicklungsmodus auch materielle Bedeutung" zuzumessen sein (aaO § 99 III 1). Dazu weiter schon aaO § 99 I.

ist Geschäftsinhalt auch, daß eine in Erfüllung des Schuldverhältnisses dem Partner erbrachte Zuwendung unter irgendwelchen Voraussetzungen soll zurückgefordert werden können. So zumindest im Regelfall. Aber auch, wo bei der Vereinbarung eine spätere Auflösung des Schuldverhältnisses tatsächlich schon ins Auge gefaßt wird, beschränkt sich die Abrede darum doch in ihrem Inhalt nur auf diese sichere oder mögliche Beschränkung der Geltungsdauer des Schuldverhältnisses als solche. Die Entstehungsvoraussetzungen des Rückabwicklungsanspruchs dagegen werden niemals mit der Vereinbarung des Geschäftszwecks, sondern immer nur mit der aus einem subjektiven Recht schöpfenden Leistung geschaffen.

Um dies noch besser verständlich zu machen, sei an schon früher Erörtertes[235] angeknüpft: Daß der Rückabwicklungsanspruch nicht ohne die Leistung entstehen kann, ist der zutreffende Kern der im übrigen überholten Realvertragstheorie. Wenn die Lehre dort dazu durchgedrungen ist, die das Schuldverhältnis begründende Verpflichtung und die es in Vollzug setzende Leistung voneinander zu trennen[236], so ist das gerade mit der Einsicht verbunden, daß eine Rückabwicklungspflicht nicht zum Geschäftsinhalt gehört[237]. Wer einen Darlehensvertrag eingeht, vereinbart nicht mehr als die Überlassung von Kapital gegen Zinsen auf Zeit. Hat man aber insoweit erkannt, daß die Rückabwicklungspflicht außerhalb des Geschäftszwecks steht, kann es nur einen Rückschritt bedeuten, den Fehler der diese Rückabwicklungspflicht in den Vertrag einbeziehenden, überwundenen Gegenansicht nun in sehr viel allgemeinerem Maßstab noch einmal zu wiederholen und den in der Leistungskondiktion bestehenden Rückabwicklungsanspruch aus dem gescheiterten Schuldverhältnis entwickeln zu wollen. Nicht mit dem Verpflichtungsgeschäft, sondern mit dem Leistungsgeschäft entstanden, gründet die Leistungskondiktion nicht in einem Schuldverhältnis, sondern in einem aufgeopferten Recht und wird mit dem Ausbleiben oder dem Ende der Erfüllung des Schuldverhältnisses nur noch freigesetzt. Die Leistungskondiktion ist daher nicht nur technisch, sondern auch dogmatisch von einem solchen Ursprungsverhältnis und den aus diesem erwachsenden Ansprüchen mit aller Deutlichkeit zu unterscheiden.

235) Oben zu Note 184 bis 186.
236) Nachweise oben Note 185.
237) In diesem Sinne namentlich schon Boehmer ABR 38, 319 ff.

Die Möglichkeit einer Entwicklung der Leistungskondiktion aus dem Schuldverhältnis käme freilich unverkennbar der Tendenz von Lehre und Rechtsprechung entgegen, gerade auch am Rückabwicklungsanspruch das Schuldverhältnis in seiner übergreifenden Bindung als umfassenden Organismus zu demonstrieren[238]. Aber eben dies sollte man allmählich wieder als einen nicht nur entbehrlichen, sondern schlechterdings auch falschen Weg einer Veranschaulichung der an sich zutreffend erkannten Struktur des Schuldverhältnisses sehen lernen. Das wird klarer, wenn man das Ziel in Betracht zieht, das den Anstoß für diese Bemühungen gegeben hatte: nämlich das zunächst vollwirksame Schuldverhältnis auch noch nach seiner Auflösung bis hin zu seiner von der Auflösung wiederum zu unterscheidenden vollständigen Beendigung als in ihrem Fundament nach wie vor dieselbe, tragfähige Basis von Schadensersatzansprüchen darstellen zu können[239]. Daß dies möglich ist, wird heute nicht mehr ernstlich bestritten, und zwar auch von den Dauerschuldverhältnissen abgesehen, wo der Unterschied von Auflösung und Beendigung des Schuldverhältnisses von besonderer praktischer Bedeutung ist. Ebensowenig mehr bestritten ist heute weiter aber auch, daß über das vollwirksame Schuldverhältnis hinaus nicht allein nach dessen Auflösung, sondern auch bei bereits anfänglicher Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Vertragsschlusses, ja bei zuvor gepflogenem sozialem Kontakt sogar auch ohne den vorausgegangenen Abschluß eines Vertrages, ein vor allem für den Ersatz des Vertrauensschadens eines Beteiligten erhebliches

238) Das hat man bekanntlich vor allem am Rückabwicklungsanspruch nach § 346 BGB darzulegen versucht, den Fikentscher, Schuldrecht § 99 I denn auch ausdrücklich in Parallele zu dem von ihm behaupteten Typ der "technischen" Leistungskondiktion stellt. Damit verträgt sich allerdings nicht, wenn er aaO § 99 III 2 c die condictio ob causam finitam nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB, die dem Anspruch nach § 346 BGB am nächsten steht, nun nicht der "technischen", sondern der "materiellen" Leistungskondiktion zuschlägt.

239) Wiederum kaum schlüssig allerdings Fikentschers eigene Auffassung von der Natur des Anspruchs nach § 346 BGB: Denn aaO § 18 II 2 spricht er einerseits von einer Umwandlung des Vertrages in ein Rückgewährverhältnis, andererseits aber unterscheidet er einen durch Rücktritt beendeten "alten Vertrag" von dem als "gesetzlich normiertes Schuldverhältnis" bezeichneten Rückabwicklungsverhältnis. Im übrigen sollen sich nach dem Zugang der Rücktrittserklärung gerade keine Schadensersatzansprüch. "aus dem Vertrag" mehr geltend machen lassen.

"Schutzverhältnis" gegeben sein kann[240]; Auch dann hat man durchaus schon von einem Schuldverhältnis zu sprechen und dieses eindeutig von einem Nichtschuldverhältnis abzuheben, und zwar hier nun völlig unabhängig davon, ob auf das Schuldverhältnis bereits geleistet worden ist oder nicht. Kommt es aber insoweit nicht darauf an, ob ein Rückabwicklungsanspruch überhaupt zur Erörterung steht oder nicht, muß sich der Rückabwicklungsanspruch auch anderweit entbehren lassen, wo der Organismusgedanke dieselben Ergebnisse belegen soll. Aber mehr noch, den Rückabwicklungsanspruch hier überall ganz aus dem Spiel zu lassen ist nicht nur möglich, sondern darüber hinaus auch notwendig. Die Natur des Schuldverhältnisses als eines wandlungsfähigen Organismus läßt sich zwar sehr wohl an seiner Umgestaltung nach den Regeln der Surrogation oder seiner Überleitung in ein Abrechnungsverhältnis nach Schadensersatzregeln veranschaulichen. Nicht aber kann man diese seine Natur auch an einer, wie behauptet wird, weiteren Möglichkeit seiner Verwandlung in ein durch einen Rückabwicklungsanspruch substantiiertes "Rückabwicklungsverhältnis" dartun. Der Rückabwicklungsanspruch hat eine völlig andere Wurzel, nämlich ein subjektives Recht.

Nicht allein also, daß man nach der Leistungskondiktion nicht fragen kann, indem man vom Mangel der schuldrechtlichen Unterlage herkommend ein in Parallele zum Schuldverhältnis stehendes "Rückabwicklungsverhältnis" zu ermitteln sucht. Erst recht nicht angängig ist es, den Organismus des Schuldverhältnisses selbst für nachträglich in ein Rückabwicklungsverhältnis umwandelbar zu halten oder ihn gar schon von vornherein mit einem Rückabwicklungsverhältnis zu identifizieren. Eben darauf läuft es aber hinaus, wenn man die Entstehungsvoraussetzungen der Leistungskondiktion auf den gescheiterten Geschäftszweck eines Schuldverhältnisses zu verlagern sucht und die Selbständigkeit des Anspruchs demgegenüber nur noch als das Ergebnis rechtlicher Technik zu würdigen bereit ist. Der Rückabwicklungsanspruch gründet vielmehr in einem subjektiven Recht. Die Leistungskondiktion

240) Zu diesem "Schutzverhältnis" vor allem Canaris, Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475 ff. In gleicher Richtung Thiele, Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung, JZ 1967, 649 ff.

dient nicht der Rückabwicklung eines gescheiterten Vertrages, sondern derjenigen der Übertragung eines aufgeopferten subjektiven Rechts. Sie läßt sich daher, ohne daß man darum die Natur des Schuldverhältnisses als eines umfassenden Organismus verleugnen müßte, nicht entgegen dem Gesetzesaufbau in das Schuldverhältnis einbeziehen.

bb) Immer noch der kritisierten These folgend und nicht ohne Vorbild in der älteren Lehre[241] soll man des weiteren die Leistungskondiktion in typischen Fällen des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage als "materielle" Leistungskondiktion zu betrachten haben[242]. Insoweit sei der Anspruch unmittelbar aus sich selbst heraus als nicht nur technisch, sondern auch dogmatisch eigenständige Befugnis zu erklären. Hier diene das Bereicherungsrecht nach Art einer Auffanghaftung als "allgemeine materielle Korrektur ungerechter Güterverschiebungen"[243].

Wie schon behandelt[244], darf man jedoch nach richtiger und heute bereits auch weithin auf Zustimmung stoßender Ansicht die Problematik des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht in die Bereicherungshaftung unmittelbar selbst hineinziehen. Schon die Vielgestaltigkeit dieser Fragen verbietet es, hier ein für allemal auf das lapidare Prinzip einer Rückabwicklung bei Zweckverfehlung rekurrieren zu wollen[245]. Insbesondere kann sich der Einfluß der Geschäftsgrundlagenmängel auf den Geschäftszweck durchaus auf dessen bloße Anpassung an die veränderten Umstände beschränken, die im übrigen das Schuldverhältnis aufrechtzuerhalten erlaubt und eine Rückabwicklung entbehrlich macht. Aber auch wo ein durch solche Mängel

241) Vor allem bei Locher und Krückmann; oben zu Note 200.
242) Fikentscher, Schuldrecht § 99 III.
243) AaO § 99 I (514). Dabei werden die §§ 812 ff. BGB als Auffangbestimmungen gegenüber § 242 BGB gesehen. Diese letztere Bestimmung umreiße den engeren Sachverhalt einer schon bestehenden Sonderverbindung mit "wegen Unzumutbarkeit ungerechter Leistung". Die Auffanghaftung stelle dagegen die Sonderverbindung erst her und betreffe "andere schlechthin ungerechte Leistungen"; aaO § 99 III 1 (520/1). Vgl. auch schon oben Note 200.
244) Oben zu Note 198 bis 205.
245) Nachweise oben Note 201.

bewirktes Scheitern des Geschäftszwecks die Rückabwicklung einer Leistung unumgänglich werden läßt, verwirklicht die Bereicherungshaftung nur Folgerungen, die insoweit aus völlig außerhalb ihrer selbst liegendem Anlaß zu ziehen sind. Dies auch dogmatisch verläßlich unterlegt zu wissen setzt freilich wieder voraus, daß man in der Leistungskondiktion einen Rechtsfortwirkungsanspruch erkannt hat, der in seinen Entstehungsvoraussetzungen ebensowenig wie auf den Geschäftszweck eines Schuldverhältnisses auf dessen Voraussetzungen in der Geschäftsgrundlage weist. Als ein solcher Rechtsfortwirkungsanspruch läßt sich die Leistungskondiktion nicht einer wenig bestimmten Auffanghaftung zuschlagen. Sie hat vielmehr die klar zu präzisierende Aufgabe einer Rückabwicklung der Übertragung eines aufgeopferten Rechts.

Dieser Charakter des Anspruchs als Rechtsfortwirkungsanspruch, aber auch nur er allein ist es, der die Leistungskondiktion nicht nur hier, sondern über ihre vermeintlichen "technischen" und "materiellen" Spielarten hinweg immer und überall zu einem sowohl technisch als auch dogmatisch selbständigen Anspruch, einem Anspruch von eigener materieller Bedeutung macht[246]. Demgegenüber sind generalisie-

246) Schon von vornherein überhaupt nicht in den hier behandelten Fragenkreis des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage hinein gehören entgegen Fikentscher aaO § 99 III 2 a und unter 2 b die sogenannte Kondiktion einer abstrakten Verpflichtung nach § 812 Abs. 2 i.V.m. § 812 Abs. 1 BGB und die Kondiktion einer Zuwendung nach der Vorleistung bei unvollkommenem Synallagma.

Es ist schon außerordentlich zweifelhaft, ob man dem "abstrakten" Schuldvertrag, auf den § 812 Abs. 2 zugeschnitten ist, überhaupt echte Eigenbedeutung zumessen kann; erst neuerdings ist das von Kübler, Feststellung, insbes. 90 ff., 107 ff. mit guten Gründen in Abrede gestellt worden. Aber selbst wenn man unterstellt die Parteien könnten tatsächlich ein vertragliches Schuldverhältnis seiner "kausalen" Elemente entkleiden, könnten also wirklich die unmittelbare oder mittelbare Beeinflussung seines Bestandes durch einen Mangel im Geschäftszweck oder schon auf der Ebene von Motiv oder Geschäftsgrundlage wirklich eliminieren, so muß auch die Geltendmachung eines solchen Mangels nun ebenfalls eine Verselbständigung erfahren. Gerade dafür ist in § 812 Abs. 2 Sorge getragen. Das heißt aber, daß §812 Abs. 2 nur rechtstechnisch an den in der Leistungskondiktion gewährleisteten Rechtsschutz anknüpft. Tatsächlich handelt es sich jedoch allein um einen Willensschutz: Die Vorschrift des § 812 Abs. 2 BGB stellt ganz

rende Behauptungen von der Art, das Bereicherungsrecht diene als "allgemeine Korrektur ungerechter Güterverschiebungen", wenig hilfreich[247]. Sie haben lange genug die erforderliche schärfere Durchdringung der Bereicherungshaftung erschwert und müssen auch hier einer differenzierteren, in das wahre Wesen dieser Haftung genaueren Einblick gewährenden Betrachtung weichen[248].

cc) Wie wenig eine Berücksichtigung von Geschäftszweck und Geschäftsgrundlage für die Darstellung der Leistungskondiktion selbst herzugeben vermag, zeigt sich auch bei der Leistung zur Erfüllung eines gesetzlichen oder durch Hoheitsakte begründeten Schuldverhältnisses. Denn hier fehlen Geschäftszweck und Geschäftsgrundlage ganz, so daß sie auch einen Rückabwicklungsanspruch nicht tragen können. Aber auch davon abgesehen wird die Unrichtigkeit dieses Ansatzes noch sehr viel deutlicher, wenn wir noch einmal auf den Leistungszweck zurückkommen. Dabei stützen wir uns auf die schon eingehend begründete Feststellung, daß Leistungszweck immer nur die Herbeiführung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses sein kann.

Sicherlich wird in den meisten Fällen die Verfehlung oder Hinfälligkeit des Leistungszwecks, also das Ausbleiben oder der Wegfall der Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldver-

---

im Gegensatz zur bereicherungsrechtlichen Rückforderung eine Anfechtung dar, nur daß sie im Gewande der ~~letzteren~~ erscheint. Es handelt sich also mit anderen Worten um eine echte Fiktion. Für die dogmatische Erklärung der Bereicherungshaftung selbst gibt die Vorschrift daher nichts her. Demnach hat man es entgegen Fikentscher, wenn nur irgendwo, dann hier mit einer gerade nicht "materiellen", sondern ausschließlich "technischen" Leistungskondiktion zu tun.

Über die Kondiktion im Fall einer Vorleistung bei unvollkommenem Synallagma oben zu Note 206 bis 215.

247) Dasselbe gilt (oben Note 243) für die zur Abgrenzung gegenüber § 242 BGB getroffene Unterscheidung von "unzumutbaren" und "anderen schlechthin ungerechten Leistungen". Und kaum anders liegt es, wenn (aaO) gesagt wird, die Bereicherungshaftung stelle eine "Sonderverbindung" erst her, § 242 BGB setze eine solche "Sonderverbindung" dagegen schon voraus. Daran ist zwar richtig, daß § 242 BGB immer nur etwas über den Inhalt, nicht aber über die Grundlage der Haftung aussagt. Aber diese Vorschrift geht von einem Schuldverhältnis aus, die Leistungskondiktion dagegen ist ein Anspruch aus einem subjektiven Recht.

248) Auch Fikentscher selbst verkennt das nicht, wenn er Schuldrecht § 99 III 2 c (523) meint, im einzelnen scheine "hier noch vieles in der Entwicklung".

nältnisses, darauf beruhen, daß es zwar tatsächlich nicht an dem vorgestellten Schuldverhältnis selbst, sondern nur an dessen Erfüllungsfähigkeit fehlt. Dies wiederum kann Gründe haben, die das Schuldverhältnis unmittelbar oder mittelbar beeinflussen: Unmittelbar durch einen Mangel in der vertraglichen Vereinbarung, eine Leistungsstörung, eine rechtsgeschäftliche Aufhebung oder etwa auch eine außererfüllungsmäßige Zweckerreichung, womit der Geschäftszweck schon von vornherein nicht in volle Wirksamkeit erwächst oder nachträglich wieder dahinfällt. Oder mittelbar durch das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage, was sich wiederum auf den in diesem Geschäftszweck liegenden Geltungsgrund des Schuldverhältnisses im Ergebnis in derselben Weise auswirkt[249].

Dies mag gewiß dazu verleiten, die bei Verfehlung oder Hinfälligkeit des Leistungszwecks durchgreifende Leistungskondiktion kurzerhand mit der Berücksichtigung von Geschäftszweck oder Geschäftsgrundlage zu erklären. Trotzdem aber geht man damit schon allein deshalb fehl, weil das die Rückabwicklung erforderlich machende Scheitern der Erfüllung des Schuldverhältnisses ebensogut auch auf Gründen beruhen kann, die weder mit dem Geschäftszweck noch mit der Geschäftsgrundlage nur das geringste zu tun haben. Wird die vom Schuldner zugesagte Ware einem mit dem Gläubiger verwechselten Dritten ausgeliefert, fehlt es im Verhältnis von Leistendem und Empfänger gar nicht erst an der Erfüllungsfähigkeit des Schuldverhältnisses, sondern schon am Schuldverhältnis als solchem. Damit kann hier auch von keinem Geschäftszweck des Schuldverhältnisses und von keiner Geschäftsgrundlage die Rede sein, die für die Leistungskondiktion bedeutsam wären[250]. Und auch wenn der Schuldner den wirklichen Gläu-

249) Vgl. zum Zusammenhang von Geschäftsgrundlage, Geschäftszweck, Schuldverhältnis und Rechtsgrund der Leistungsbereicherung auch statt aller übrigen noch einmal v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 343 ff.; Esser, Schuldrecht § 189, 4.

250) So schlägt denn Fikentscher, Schuldrecht § 99 II 1 d (518) diese Fälle zu den von ihm behaupteten "technischen" Leistungskondiktionen. Das aber wiederum reimt sich mit den für die "technischen" Leistungskondiktionen anderweit in Anspruch genommenen Fällen schlecht zusammen; vgl. oben zu Note 234.

biger versehentlich mit der falschen Ware beliefert, läßt sich seine Leistungskondiktion nicht mit dem Geschäftszweck des Schuldverhältnisses oder mit der Geschäftsgrundlage in Verbindung bringen. Dann nämlich fehlt es zwischen Leistendem und Empfänger zwar weder an einem Schuldverhältnis noch an dessen Erfüllungsfähigkeit. Aber Geschäftszweck und Geschäftsgrundlage sind hier vollkommen intakt und können darum auch keiner Berücksichtigung in der Leistungskondiktion bedürfen. Wenn die Erfüllung hier ausbleibt, so allein deshalb, weil das Schuldverhältnis die erbrachte Zuwendung nicht deckt[251]!

Geschäftszweck und Geschäftsgrundlage reichen daher für die Darstellung der Leistungskondiktion schon von vornherein nicht weit genug. Was demgegenüber diesen Rückabwicklungsanspruch durchgängig zu erklären vermag, ist allein die Fortwirkung eines mit der Leistung aufgeopferten subjektiven Rechts.

dd) Was also hinsichtlich des subjektiven Leistungszwecks zu sagen war, gilt noch mehr im Hinblick auf den objektiven Geschäftszweck und die Geschäftsgrundlage: Mit dem Rückgriff auf den Gedanken der Zweckverfehlung ist für die Erklärung der Leistungskondiktion nichts zu gewinnen. Gewiß ist es entschieden notwendig, die Wirrnisse und Unsicherheiten der Zwecklehre durch eine Differenzierung nach dem Inhalt des im jeweiligen Zusammenhang tatsächlich Gemeinten auszuräumen. Aber ebenso entschieden schon im Ansatz verfehlt ist es andererseits, darüber die Zwecklehre sogar noch stärker als bisher in die Bereicherungshaftung selbst hineinzuverlagern und in das einheitliche Erscheinungsbild der Leistungskondiktion Unterscheidungen hineinzutreiben, die auch das Gesetz nicht kennt. Insbesondere darf man den Rechtsgrund der Bereicherung nicht mit der schuldrechtlichen Unterlage selbst gleichsetzen und dementsprechend die Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung im Fehlen einer solchen Unterlage

251) Von den im Text angeführten Beispielen, daß der Leistende den falschen Empfänger mit der richtigen Ware beliefern oder den richtigen Empfänger mit der falschen Ware beliefern will, sind die Fälle eines Abirrens der Zuwendung zu unterscheiden: So etwa, wenn eine für B bestimmte Sendung beim Ausladen anderer, dem A zugedachter Ware vom Lieferwagen fällt und in das Lager des A gelangt. Hier kommt nicht die Leistungs-, sondern die Eingriffskondiktion zur Anwendung.

erblicken. Denn dann freilich sieht man sich zu der zwar naheliegenden, aber falschen Folgerung genötigt, die Erklärung der Leistungskondiktion sei in der Berücksichtigung des Geschäftszwecks oder auch von dessen Voraussetzungen zu suchen, und verquickt damit den Rückabwicklungsanspruch mit dem Schuldverhältnis, dem Geltungsgrund des Schuldverhältnisses oder dessen Geschäftsgrundlage. In Wahrheit muß man es gerade streng vermeiden, das den Anspruch zur Entstehung bringende Zustandsunrecht mit der Zweckverfehlung zusammenzuwerfen. Wir können nur wiederholen: Was in der Leistungskondiktion zum Ausdruck gelangt, ist nicht eine Art gesetzlicher Anfechtung, sondern die Fortwirkung eines Rechts. Geht man demgemäß von der Grundlage des Anspruchs in einem mit der Leistung aufgeopferten subjektiven Recht aus, ist der in der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung liegende Entstehungsgrund des Anspruchs der Widerspruch der Bereicherung des Dritten zu dem erhalten bleibenden Güterzuweisungszweck des Rechts des Betroffenen. Dann allein noch über das weitere Schicksal des Anspruchs entscheidender und in ganz anderer Ebene liegender, möglicher Rechtsgrund der Bereicherung ist dagegen die Erreichung des Leistungszwecks in der Erfüllung des Schuldverhältnisses, die nun vom Vorhandensein einer tauglichen schuldrechtlichen Unterlage der Bereicherung allerdings abhängig ist. Mit dem Schuldverhältnis selbst oder mit dem Geschäftszweck des Schuldverhältnisses oder der gemeinsam vorausgesetzten Geschäftsgrundlage aber hat der Rückabwicklungsanspruch als solcher ebensowenig zu tun wie mit dem einseitigen Motiv der Verpflichtung. Darum dürfen vor allem auch die Fragen des Notleidens von Willenserklärung und Vertrag oder der Leistungsstörungen nicht auf diesen Anspruch selbst abgeschoben werden. Fehlen oder Wegfall eines tragfähigen Geschäftszwecks oder der Geschäftsgrundlage können nur mittelbar, nämlich nur insoweit auf die Leistungskondiktion selbst Einfluß gewinnen, als sie die Erfüllungsfähigkeit des Schuldverhältnisses beeinträchtigen. Das Ausbleiben der Erfüllung kann aber, wie dargelegt, seine Ursache ebensogut auch darin haben, daß es schon überhaupt an einem Schuldverhältnis fehlt oder daß ein an sich vorhandenes vollwirksames Schuldverhältnis die Bereicherung inhaltlich nicht deckt.

e) Fassen wir wieder zusammen: Auch wenn wir denGedanken der Zweckverfehlung näher verfolgen, brauchen wir von unserer Auffassung nicht abzurücken, daß die Leistungskondiktion nicht als Ausdruck der Rücksichtnahme auf die rechtsgeschäftliche Willensbildung verstanden werden kann. Das gilt nicht nur für den richtigerweise ausschließlich auf die Erfüllung eines Schuldverhältnisses bezogenen Leistungszweck, sondern darüber hinaus auch im Hinblick auf den Geltungsgrund des Schuldverhältnisses und dessen Voraussetzungen. Damit ist man keineswegs auf eine schlichte Hinnahme der Leistungskondiktion als einen "gesetzlichen" Anspruch zurückgeworfen, was die Frage nach dem Grund der durch den Anspruch gewährleisteten Haftung unbeantwortet ließe. Wie vielmehr die moderne Lehre schon bei der Eingriffskondiktion dem "gesetzlichen" Anspruch ein dogmatisches Fundament in einem verletzten subjektiven Recht gegeben hat, so ist entsprechend auch die Leistungskondiktion aus einem subjektiven Recht zu entwickeln: Auch sie stellt einen Fortwirkungsanspruch dar, der ein von einer Übertragung betroffenes subjektives Recht, in dem hier erörterten Zusammenhang das Eigentumsrecht, zu schützen bestimmt ist.

Zweck und Zweckverfehlung sind für die Fundiertung des Anspruchs nicht erheblich, sondern vermögen sich nur auf die in ihren Entstehungsvoraussetzungen schon fertige Haftung auszuwirken: Bei Verfehlung oder Hinfälligkeit des Leistungszwecks greift die Leistungskondiktion ungehindert durch. Das Fehlen oder der Wegfall eines tragfähigen Geschäftszwecks oder der Geschäftsgrundlage beeinträchtigt nur wieder die Erreichung des Leistungszwecks in der Herbeiführung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses. Diese Erfüllung kann aber auch aus anderen Gründen ausbleiben.

So ist es denn unrichtig zu sagen, die Leistungskondiktion beruhe nicht auf verlorengegangenem Recht, sondern allein darauf, daß rechtsgrundlos geleistet worden sei: Unrichtig einmal dann, wenn man "Leistung" in dem von uns definierten Sinne von Leistungsverhalten versteht. Denn es gibt keine rechtsgrundlose Leistung in der

Form menschlichen Verhaltens (Handelns oder Unterlassens), sondern nur eine Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung im Sinne eines Zustandes (Erfolges). Aber unrichtig eben auch dann, wenn man mit der "rechtsgrundlosen Leistung als solcher" in Wahrheit den mit der Leistung bewirkten, in der Zuwendung bestehenden Leistungserfolg meint und damit an sich zutreffend auf das die Bereicherungshaftung tragende Zustandsunrecht abhebt. Denn auch dann muß noch gesehen werden, daß dieses Zustandsunrecht am Güterzuweisungszweck eines aufgeopferten subjektiven Rechts zu messen ist und nichts mit der Zweckverfehlung zu tun hat. Die Leistungskondiktion weist immer auf ein subjektives Recht, über das mit der Leistung verfügt worden ist. Nicht die Zwecksetzung des Leistenden ist es, die den Anspruch erklärt, sondern die in dem betroffenen subjektiven Recht selbst angelegte Opfersicherung.

4. Wir haben versucht, unsere These von der Natur der Leistungskondiktion als Rechtsfortwirkungsanspruch auch im einzelnen gegen den Gedanken der Zweckverfehlung abzusetzen. Im folgenden müssen wir uns nun mit der gleichfalls schon ins Auge gefaßten, im Hinblick auf die schuldvertragliche Inhaltsfreiheit aufzuwerfenden weiteren Frage nach der Tragweite des subjektiven Rechts als Fundament des Anspruchs näher beschäftigen.

a) Wie wir uns erinnern[252], wird gegen die Erklärung auch der Leistungskondiktion als Rechtsfortwirkungsanspruch geltend gemacht, daß als kondiktionsfähige Zuwendung alles in Betracht kommt, was immer nach dem freien Willen der Beteiligten Inhalt eines mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses sein kann.

aa) Meist folgert man hieraus schon ein für allemal, auch die Leistungsbereicherung auf den Zuweisungsgehalt eines mit der Leistung aufgeopferten subjektiven Rechts zurückzuführen sei undurchführbar. Das vom Gesetzgeber in § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB bewußt weit formulier-

252) Darüber zuletzt oben zu Note 68.

te Tatbestandsmerkmal des Erlangens "auf Kosten eines anderen" erlaube - im Gegensatz zu der nur aus einem gegenwärtig vorhandenen subjektiven Recht des Betroffenen ableitbaren Eingriffskondiktion - eine Leistungskondiktion durchaus auch dort, wo der Leistende nicht aus einem ihm zustehenden subjektiven Recht, sondern nur aus seinem sonstigen Vermögen geschöpft habe. Ja noch mehr, eine Leistungskondiktion könne ihm auch dort zustehen, wo der Inhalt seiner Zuwendung der Substanz nach zuvor überhaupt noch nicht in sein Vermögen gefallen gewesen sei, ohne die Leistung aber später in sein Vermögen gefallen wäre. Dabei ist vor allem an die Verschaffung günstiger rechtlicher oder auch nur tatsächlicher Positionen wie bloßer Chancen und Erwerbsaussichten[253] gedacht.

Dieselben Sachverhalte werden vielfach auch dahin umschrieben, daß nicht nur die Aufopferung eines Rechts, sondern auch das Unterlassen eines Erwerbs, durch das kein dem Leistenden schon gehöriges Gut geopfert werde, zur Rückforderung mit der Leistungskondiktion berechtigen könne[254]. Hier wurzeln nun aber auch die Bedenken, die selbst solche modernen Stimmen, welche die Leistungskondiktion ebenfalls für einen Rechtsfortwirkungsanspruch halten, ihre Meinung doch nicht ohne Vorbehalte, sondern nur dem Grundsatz nach vertreten lassen. So liegt es, wenn man, wie heute auch Wilburg, in der Rechtsfortwirkung zwar die "Hauptkraft" der Leistungskondiktion erblickt[255], jedoch einräumt, daß wenigstens daneben der Gedanke des Schutzes des Leistenden vor verfehltem Handeln diesen Anspruch auch einmal selbständig zu begründen vermöge[256].

Nun mag sein, daß sich die von beiden Seiten in diesen "kritischen" Fällen übereinstimmend gewonnenen Ergebnisse als solche gar nicht bestreiten lassen. Dennoch bleibt dann immer noch die Frage

253) Statt aller übrigen: Wilburg, Bereicherung 49/50; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 348, 378 ff.

254) So etwa Wilburg AcP 163, 349.

255) aaO 347, 349 (oben Seite 15 Note 35).

256) aaO 349.

offen, ob die aus ihnen für die dogmatische Erklärung der Leistungskondiktion und deren Verhältnis zur Eingriffskondiktion gezogenen Schlüsse gleichfalls zutreffen.

bb) Sehen wir näher zu, so geht es auf unseren Zusammenhang bezogen vor allem um eine Gruppe von Fällen, die wir früher[257] schon gestreift haben: Der Eigentümer eines Fabrik- oder Steinbruchgrundstücks nimmt beispielsweise auf Grund einer mit dem benachbarten Besitzer eines Ferienhauses getroffenen Vereinbarung von einer an sich ortsüblichen und den Nachbarn auch nicht wesentlich beeinträchtigenden gewerblichen Nutzung seines Betriebes Abstand, um dem Nachbarn dadurch während des Urlaubs ein angenehmeres Wohnen zu ermöglichen. Oder etwa, der Eigentümer eines Wohngrundstücks sieht im Interesse der ungehinderten Bewirtschaftung eines angrenzenden Gartenrestaurants einer Abrede mit dessen Besitzer gemäß für die Dauer der warmen Jahreszeit davon ab, die ihm wegen unerlaubter Immission von Lärm und Geruch zustehenden Schutzansprüche geltend zu machen[258]. In solchen Fällen ist an sich auch daran zu denken, daß dem Nachbarn ein besonderes Gebrauchsrecht, insbesondere eine entsprechende Dienstbarkeit, an dem betroffenen Grundstück eingeräumt wird; dann überläßt ihm der Eigentümer einen Teil der Herrschaftsmacht über seine Sache. In aller Regel, gerade wenn die Beanspruchung des Grundstücks nicht von längerer Dauer ist, wird es jedoch hierzu nicht kommen. Aber auch dann ist es keineswegs ausgeschlossen, dem durch den erweiterten Wohngebrauch bzw. den erweiterten Betrieb des Lokals begünstigten Nachbarn einen Vorteil nachzuweisen, der auf das subjektive Recht des leistenden Eigentümers an dessen Grundstück und nicht nur auf dessen sonstiges oder erst künftiges Vermögen zurückzuführen ist. Denn eben wenn der Eigentümer

257) Oben zu Note 154.

258) Vgl. den vom BGH in NJW 1963, 2020 f. entschiedenen ähnlichen Fall des hoheitlich erlaubten Eingriffs in das Eigentum an einem Wohngrundstück durch die Unterhaltung eines Clubbetriebes der Stationierungsstreitkräfte auf dem Nachbargrundstück.

hier die volle Herrschaftsmacht über sein Grundstück behält, so nutzt er sie doch insoweit für ein Stück unmittelbarer Sachverwertung zugunsten eines Dritten. Damit aber haben wir es mit einer Zuwendung aus dem Zuweisungsgehalt des gegenwärtig vorhandenen, dem Leistenden zustehenden Eigentumsrechts zu tun. Und darum ist die eine Rückforderung der Zuwendung gestattende Leistungskondiktion hier ebenfalls aus einem aufgeopferten subjektiven Recht abzuleiten.

cc) Dies wäre nicht zweifelhaft, wenn der Eigentümer sein Grundstück, ohne dieses zu vermieten, für den Nachbarn in zwecktätigem Handeln nutzt. So etwa, wenn er zur Erfüllung eines mit dem Nachbarn abgeschlossenen Bewachungsvertrages die von dessen Gästen abgestellten Kraftfahrzeuge in seine Obhut nimmt. Denn im Gebrauch einer Sache liegt stets eine Realisierung von Möglichkeiten, die im Zuweisungsgehalt des an ihr bestehenden Rechtes beschlossen sind. Oder kürzer: im Gebrauch einer Sache liegt immer ihr teilweiser Verbrauch. Nicht anders ist es aber auch in unseren Fällen, wo der Eigentümer seine Leistung nicht durch zweckgerichtetes Handeln, sondern durch zweckgerichtetes Unterlassen erbringt, indem er von einer ihm an sich nicht zu verwehrenden Nutzung seines Grundstücks Abstand nimmt. Auch mit dem Nichtgebrauch einer Sache wird diese teilweise verbraucht, geht also, wie auch in § 987 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommt, ein Teil des "Leistungspotentials"[259] des Rechts an der Sache unwiderbringlich verloren: Der Eigentümer opfert in den Worten v. Caemmerers mit seiner Leistung "die Verwendung seines Eigentums"[260]. Daran ändert nichts, daß der Berechtigte sich die Sache so, wie sie ihm dann noch verblieben ist, anschließend wieder uneingeschränkt nutzbar machen kann, indem er etwa in unseren Beispielen bei dem Betrieb der Fabrik oder des Steinbruchs zum Nachteil des benachbarten Ferienhausbesitzers mit der Entwicklung von lästigen Einwirkungen wieder bis an die Grenze des Erlaubten herangeht bzw. ohne Rücksicht auf die geschäftliche Entfaltung des benachbarten Lokals mit allen ihm zu Gebot stehenden rechtlichen Mitteln gegen die von dort ausgehenden und von ihm nicht zu duldenden

259) BGHZ 45, 212 (216).

260) Festschr. Juristentag II 54 FN. 21 (oben Note 154). Vgl. demgegenüber aber oben Note 253.

Störungen seines Wohngrundstücks einschreitet. Ebenso verschlägt es nichts, wenn sich in der Folgezeit herausstellt, daß der Gewerbebetrieb aus Konjunkturgründen ohnehin zeitweilig hätte eingeschränkt werden müssen bzw. wenn die Wohnräume ohnehin nicht vermietet worden wären, sondern der Eigentümer sie selbst weiter bewohnt hat. Denn dies tut der Tatsache keinen Abbruch, daß schon mit der Einschränkung der Nutzung des Eigentums als solcher eine Gütereinbuße eintritt[261].

Zugewendet wird dem Empfänger auch mittels einer solchen Verwertungsleistung durch ein Unterlassen, nicht anders als mittels einer Verwertungsleistung durch ein Handeln, der vom Leistenden aus seinem Herrschaftsrecht an der Sache mit deren teilweiser Verwertung freigesetzte Wert der Sache. Wenn man dies in wirtschaftlicher Betrachtung dahin zu umschreiben sucht, der Leistende gebe eine ihm vorteilhafte Lage, eine Chance oder Erwerbsaussicht auf und verschaffe sie dem Empfänger, so ist das ungenau. Nur der aus dem Eigentumsrecht des Leistenden abgeleitete Wert ist es, welcher der Leistungskondiktion gegen den Empfänger unterliegt. Die dem Empfänger zugefallenen Positionen oder Chancen der in unseren Beispielen angeführten Art dagegen leiten sich niemals von einem Leistenden oder einem sonstigen Dritten ab. Insoweit handelt es sich vielmehr um Vorteile, die man in der Tat nicht auf das subjektive Recht oder auch nur auf das sonstige, gegenwärtige oder künftige Vermögen eines Dritten zurückverfolgen kann und die man sich darum auch niemals als von einem Dritten zugeflossen vorrechnen lassen muß. Was also in unseren Beispielen der Ferienhausbesitzer aus seinem Urlaubsdomizil tatsächlich "herausholt" oder was der Inhaber des Gartenrestaurants an geschäftlichen Erfolgen erzielt, sind Vorteile, die von vornherein im eigenen Bereich des Begünstigten liegen. Diese Vorteile können daher auch keiner Leistungskondiktion des Eigentümers des angrenzenden Grundstücks unterworfen sein.

---

261) So in dem oben Note 258 genannten Fall ausdrücklich auch der BGH (aaO 2021).

Wenn man also den abgeleiteten Wert und den unabgeleiteten Vorteil in diesem Sinne zutreffend unterscheidet, erweist sich auch in den hier behandelten Fällen die Leistungskondiktion als ein Anspruch aus aufgeopfertem Recht. Für die Leistung als zweckgerichtetes Verhalten ist es gleichgültig, ob sie in einem Handeln oder einem Unterlassen verwirklicht wird. Freilich bleibt der Klarheit halber hinzuzusetzen, daß der in Verkennung des Umfangs seines Rechts oder aus wachen Gründen sonst auch immer schlicht untätige Eigentümer natürlich nicht schon darum einfach Dritte mit Kondiktionsansprüchen aus seinem Recht überziehen kann. Eine Leistungskondiktion setzt eine Leistung von seiner Seite voraus. Das erfordert, daß er die Nutzung seiner Sache in der Absicht unterläßt, auf diese Weise ein Schuldverhältnis mit einem bestimmten Dritten zu erfüllen. Und er muß dadurch bewirken, daß der mit dem Unterlassen aus der Sache freigesetzte Wert diesem Dritten zufließt. Dafür wird die vorausgegangene, wennschon nicht notwendig auch rechtswirksame Abmachung unter den Beteiligten regelmäßig einen Anhaltspunkt geben. Ein gleichfalls bewußtes und gewolltes Unterlassen der Sachnutzung, das jedoch anders als die Leistung von keiner mit der Erfüllung einer Schuld über die bloße Aufgabe rechtlicher Zuweisung hinausreichenden Zwecksetzung bestimmt wird, ist dagegen ein bloßer Verzicht. Dieser Verzicht des Eigentümers bewirkt keine Zuwendung. Und er löst auch dann keinen Rechtsfortwirkungsanspruch aus, wenn er einem Dritten, hier also dem Nachbarn, tatsächlich nicht anders als eine Leistung des Eigentümers zugutekommt.

dd) Mit diesen Feststellungen bedarf es keiner Korrektur schon vom Gesetzgeber gewollter und allgemein anerkannter Ergebnisse. Zu korrigieren ist nur ihre Begründung. Zugleich zeigt sich, daß man unter dem Erlangen "auf Kosten eines anderen" auch bei der Leistungskondiktion stets soviel wie ein Erlangen "auf Kosten des Zuweisungsgehalts des subjektiven Rechts eines anderen" zu verstehen hat. Damit ist dieses Tatbestandsmerkmal auch hier nicht, wie gesagt worden ist[262], funktionslos und überflüssig, sondern als Grundlagen-

262) Nachweise oben Seite 11 Note 19.

kriterium des Anspruchs unentbehrlich[263]. Auch die Leistungskondiktion ist Schutzanspruch aus einem subjektiven Recht und reicht darum nicht weiter als die gegenüber Leistung oder Verzicht einen objektiven Eingriff erfordernde Eingriffskondiktion, mit der sie diese Natur teilt. Umgekehrt bleibt auch der Umfang des mit der Eingriffskondiktion gewährleisteten Rechtsschutzes nicht hinter demjenigen der Leistungskondiktion zurück. Was den gegenteiligen Anschein erwecken könnte, läßt sich dahin auflösen, daß den Fällen einer Verwertungsleistung durch Unterlassen entsprechende Sachgestaltungen eines objektiven Verwertungseingriffs praktisch nicht bedeutsam werden. Im übrigen bleibt zu beachten, daß man es im einzelnen Fall auch weder mit einer Leistung noch mit einem Eingriff, sondern mit einem Verzicht zu tun haben kann, der überhaupt keine Bereicherungshaftung nach sich zieht. Auch die hier behandelten Sachverhalte lehren also, so ergibt sich wieder, daß die Leistungskondiktion immer nur als Fortwirkungsanspruch aus einem verlorenen subjektiven Recht zu erklären ist. Ausnahmefälle, die zu einer Deutung des Anspruchs mit dem Gedanken des Willensschutzes nötigen könnten, lassen sich nicht anerkennen.

b) Mit etwas abgewandelter Begründung wird der Rechtsfortwirkungscharakter der Leistungskondiktion auch deshalb geleugnet, weil als kondizierbare Zuwendung alles zu gelten habe, was immer der Leistende unabhängig von einer eigenen Berechtigung an den übertragenen Gegenständen dem Empfänger verschaffen konnte und verschafft hat[264]. Gerade in diesem Sachzusammenhang stößt man auch wieder auf die Behauptung, der Rückabwicklungsanspruch beruhe nicht auf verlorengegangenem Recht, sondern allein darauf, daß grundlos geleistet worden sei[265].

aa) So sehen sich Praxis und Lehre in der Tat auch dann nicht veranlaßt, dem Geber die Rückforderung zu versagen, wenn dieser nicht mit eigenem, sondern mit fremdem, dem wahren Eigentümer abhandenge-

263) Vgl. auch schon oben zu Note 230.
264) Hierzu vor allem Wilburg, Bereicherung 50/1; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 348 ff., 377.
265) Wilburg aaO 50, v. Caemmerer aaO 348/9 (oben Seite 12 Note 21).

kommenem Gut geleistet hat[266], wenn er also mangels eigenen Rechts jedenfalls durch eine entsprechende Eingriffskondiktion nicht geschützt ist: Auch wenn der Leistende nicht der Berechtigte ist und seine Verfügung zugunsten des Empfängers mangels Verfügungsmacht über das fremde Recht der Wirksamkeit entbehrt, soll er den Empfänger mit der Leistungskondiktion in Anspruch nehmen können. Demgemäß vermag etwa der Käufer gestohlener Ware dem wegen Nichtigkeit des Schuldvertrages die Rückgabe fordernden Verkäufer die Legitimation zur Rückabwicklung nicht mit dem Hinweis auf dessen fehlendes Eigentum zu bestreiten, und sei dieser selbst der Dieb[267]. Entsprechendes würde gelten, wenn ein Installateur in das Haus seines Auftraggebers bei einer Diebesbande beschaffte Heizkörper eingebaut hat und unter Berufung auf eine später eingetretene Hinfälligkeit des Werklieferungsvertrages vom Bauherrn Wertersatz verlangt.

bb) Die sich hieraus für den Abnehmer, insbesondere sobald auch der Bestohlene auf den Plan tritt, ergebenden Schwierigkeiten sind bekannt[268]. Aber gerade derartige Mißhelligkeiten lassen schon deutlich werden, daß in diesen Fällen die herrschende Ansicht nun auch in ihrem Ergebnis nicht zu halten ist. Richtig gesehen steht dem leistenden Nichtberechtigten bei Unwirksamkeit seiner Verfügung eine Leistungskondiktion überhaupt nicht zu, so daß auch die durch die vermeintliche Gläubigerkonkurrenz heraufbeschworenen Probleme zwanglos entfallen: Wo die Verfügung des Nichtberechtigten weder durch die Zustimmung des Berechtigten noch durch den Schutz des guten Glaubens des Empfängers gedeckt ist, kann man überhaupt nicht von einer rechtlich erheblichen Leistung, sondern allein von einem Eingriff in das Recht des Berechtigten sprechen. Demgemäß entsteht hier auch keine Leistungskondiktion, sondern nur eine Eingriffskondiktion gegen den Empfänger, und diesen Anspruch kann nur der Berechtigte als der allein Betroffene haben.

---

266) Wilburg aaO 39 und 50/1; v. Caemmerer aaO 348 ff.

267) v. Caemmerer ebenda.

268) Darüber und zu den bisherigen Lösungsversuchen v. Caemmerer ebenda m.w.Nachw. dort FN. 60.

cc) Freilich ist das noch näher zu begründen. Zunächst und vor allem: ein schutzwürdiges Interesse des Nichtberechtigten, das es rechtfertigen könnte, neben dem Berechtigten auch ihn - und sei es auch nur unter dem Gesichtspunkt des Willensschutzes - kondizieren zu lassen, gibt es nicht. Dem Berechtigten allein steht die Entscheidung darüber zu, ob und inwieweit er den Nichtberechtigten oder den Dritten bereicherungs- oder auch deliktsrechtlich zur Rechenschaft zieht. Es kann nicht Sache des Nichtberechtigten sein, dieser Entscheidung mit einer Rückforderung an sich selbst vorzugreifen. Geschieht dies dennoch, wird ein schutzwürdiger Empfänger dem wahren Berechtigten gegenüber nicht wegen der Befriedigung eines Anspruchs des Nichtberechtigten, sondern auf Grund besonderer Schutzvorschriften frei[269].

Zu demselben Ergebnis gelangt man auch, wenn man dem Fingerzeig folgt, den das Gesetz bei Gültigkeit des mit der unwirksamen Verfügung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses gibt. Dann nämlich kann etwa der Abnehmer des gestohlenen Gutes gegen den Lieferanten mit der Rechtsmängelhaftung vorgehen, die wiederum als Haftung wegen Nichterfüllung ausgestaltet ist[270]. Das Gesetz geht hier also davon aus, daß es an einer rechtserheblichen Leistung und einer durch sie bewirkten rechtlich relevanten Zuwendung fehlt. Nichts anderes gilt aber auch dann, wenn der zu erfüllende Vertrag schon nicht wirksam zustandegekommen war. Die Erklärung dafür lautet, daß Leistung, wie bereits dargelegt, immer soviel wie Verfügung über ein subjektives Recht ist. Wo also die Verfügung des Leistenden unwirksam ist, ist eben keine wirksame Leistung und dementsprechend auch keine durch sie bewirkte, kondiktionsfähige Zuwendung vorhanden. Mit gestohlenem Gut kann nicht zur Erfüllung eines Schuldverhältnisses geleistet werden. Dabei ist gleichgültig,

269) Für die allgemeine Eingriffskondiktion § 818 Abs. 3, für die besondere Eingriffskondiktion (Vindikation) § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB. Anders im ersteren Fall v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 353/4: § 851 BGB analog.

270) § 440 i.V.m. §§ 320 ff. BGB.

ob die Veräußerung durch eine Übereignung oder eine Verwertung der Sache vorgenommen werden soll.

Dem läßt sich auch nicht entgegenhalten, daß bei fehlgeschlagener Übereignung immerhin doch der vom Empfänger erlangte Besitz an der Sache als eine rechtliche oder wenigstens tatsächliche Position zu betrachten sei, die der Leistende dem Empfänger verschafft habe und die er darum auch mit der Leistungskondiktion müsse zurückfordern können. Der Besitz an einer bestimmten Sache ist immer nur der Niederschlag der im Verbot der Eigenmacht zum Ausdruck gelangenden, von der Gesamtheit der Rechtsgenossen getragenen Friedensordnung. Darum steht er ebensowenig wie diese Friedensordnung in ihrer Gesamtheit dem Einzelnen als übertragbares Gut zur Disposition und kann deshalb weder von einem Verpflichtungsgeschäft umfaßter Schuldinhalt noch mit einem Leistungsgeschäft verschaffbare und dann auch wieder kondizierbare Zuwendung sein. Oder anders ausgedrückt: Der Erwerb des Besitzes ist stets unabgeleiteter Erwerb, mag er nun im Wege einer "Besitzüberlassung" seitens des bisherigen Besitzers oder kraft einseitiger Besitzergreifung durch den jetzigen Besitzer erlangt sein. Damit nicht zu verwechseln ist der abgeleitete Erwerb eines durch "Übergabe" erlangten Rechtes zum Besitz, das selbstverständlich einen möglichen Schuldinhalt und eine mögliche Zuwendung darstellt. In den hier erörterten Fällen der Leistung durch Veräußerung fremden Gutes ist aber ein solches Recht zum Besitz des Empfängers, nämlich das Eigentum an der ihm überlassenen Sache, wegen der Unwirksamkeit der Verfügung des Nichtberechtigten gerade nicht gegeben.

Wenn der Empfänger nicht einer auf Herausgabe oder Wertersatz zielenden Leistungskondiktion des unwirksam leistenden Nichtberechtigten ausgesetzt ist, so ist er im übrigen doch der Eingriffskondiktion des Berechtigten, aber eben auch nur dieser, unterworfen: Nämlich der auf Herausgabe gerichteten besonderen Eingriffskondiktion in Gestalt der Vindikation oder der auf Wertersatz gehenden allgemeinen Eingriffskondiktion. Darin zeigt sich erneut, daß wer mit der Eingriffskondiktion ausgleichspflichtig ist, nicht zugleich

mit einer Leistungskondiktion belangt werden kann. Und dieses Verhältnis der Ausschließlichkeit zwischen den beiden Ansprüchen hat seinen guten Sinn. Wer sich einem Eingriffsanspruch des Berechtigten gegenübersieht, soll sich hierauf beschränken dürfen und sich nicht auch in die Auseinandersetzung mit einem Dritten zwingen lassen müssen, der ihn mit einer unwirksamen Leistung enttäuscht hat. Das schließt, wie schon gesagt, umgekehrt nicht aus, daß er dort, wo er sich dem Nichtberechtigten gegenüber auf eine Rückabwicklung eingelassen hat, Schutz durch eine Befreiung gegenüber dem Berechtigten verdienen kann.

dd) Steht somit in den hier erörterten Fällen dem unwirksam Leistenden eine Leistungskondiktion gegen den Empfänger überhaupt nicht zu, ergeben sie auch nichts gegen die Erklärung der Leistungskondiktion als Rechtsfortwirkungsanspruch. Unsere Auffassung wird im Gegenteil nur wieder neu bestätigt: Eine Leistungskondiktion kann, jedenfalls im Grundsatz, nur der Berechtigte geltend machen, der mit seiner Leistung das ihm zugewiesene Gut dem Empfänger zum Opfer gebracht hat und dessen Recht vermöge dieses Anspruchs fortwirkt. Fehlt es dagegen wie hier an einem eigenen Opfer des Leistenden, geht also die vom Empfänger erlangte Bereicherung nicht "auf seine Kosten", kann der Leistende auch keine Leistungskondiktion erheben: Er war nicht der Eigentümer des umgesetzten Gutes. Deshalb vermag er auch eine Eigentumsfortwirkung durch die Leistungskondiktion für sich ebensowenig in Anspruch zu nehmen wie eine Eigentumsfortwirkung durch die Eingriffskondiktion. Wo es an einem aufgeopferten subjektiven Recht fehlt, gibt es auch keine Leistungskondiktion[271].

271) Wenn der Empfänger die vom Nichtberechtigten bezogene, dem tatsächlichen Eigentümer abhandengekommene Ware später etwa verarbeitet hat und dann, weil deren Rückgabe nicht mehr möglich ist, von dem Lieferanten auf Wertersatz belangt wird, soll er sich sogar auch nach der herrschenden Ansicht auf das mangelnde Recht des Leistenden berufen können: v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 350 mit dem Hinweis auf RGZ 119, 332 (336). Die für diese "Ausnahme" gegebene Begründung, die Erstattung des Wertes der Sache an den Verkäufer würde den Käufer dem wirklichen Eigentümer gegenüber nicht ohne weiteres entlasten, gilt indes ebenso für den Fall, daß der Käufer noch der Vindikation des wirklichen Eigentümers ausgesetzt ist und die Sache dem Verkäufer herausgibt (§§ 989, 990 Abs. 1 BGB); ebenso gilt sie auch in unserem anderen Beispiel dann, wenn der Bauherr vom wirklichen Eigentümer der

Da auch die Leistungskondiktion ein Rechtsschutzanspruch ist, reicht der mit ihr verliehene Schutz über den dem Einzelnen mit der Eingriffskondiktion gewährten Schutz nicht hinaus. Eine "rechtsgrundlose Leistung", mag man sie genauer betrachtet nun als Leistung oder als Zuwendung zu verstehen haben, kann für sich genommen den Rückabwicklungsanspruch niemals tragen.

c) Hiernach läßt sich die Entwicklung der Leistungskondiktion aus einem subjektiven Recht nicht mit dem Hinweis darauf als zu eng und daher undruchführbar widerlegen oder auch nur einschränken, daß als kondizierbare Leistungsbereicherung jeder nach dem freien Willen der Beteiligten festgelegte Schuldinhalt gelten darf. Entweder hat man hier Fälle im Auge, wo die fragliche Zuwendung an den Empfänger tatsächlich durchaus auf ein subjektives Recht des Leistenden zurückgeht. Das läßt sich freilich erst mit Hilfe der Zuweisungslehre klarstellen. Oder aber handelt es sich um Sachverhalte, in denen dem Leistenden eine Leistungskondiktion in Wahrheit gerade um deswillen nicht zugebilligt werden kann, weil er mit seiner Leistung nicht aus einem ihm zustehenden subjektiven Recht zu schöpfen vermocht hat. In diesen Fällen fehlt es dann aber im Übrigen nicht allein an einer kondiktionsfähigen Zuwendung. Es fehlt vielmehr auch schon an der Möglichkeit, einen Schuldinhalt zu vereinbaren, der dem tatsächlich nicht zu leugnenden, bei genauerer Betrachtung jedoch unabgeleiteten Erwerb des Dritten entsprechen würde.

5. Wenn von den Ansprüchen die Rede ist, welche das subjektive Recht und mit ihm auch das Eigentumsrecht schützen, hat man daher immer zugleich an die Leistungskondiktion zu denken. Allerdings bleibt dieser Systemzusammenhang weithin verdeckt. Dementsprechend kommt er, wie abschließend darzulegen ist, auch im Gesetzesaufbau wiederum

---

Heizkörper mit der (allgemeinen) Eingriffskondiktion auf den schon ursprünglich erlangten Wert der Sache in Anspruch genommen werden kann und diesen Wert dem Installateur erstattet (§§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB); vgl. oben Note 269. In Wahrheit kann es schon den von der herrschenden Auffassung postulierten "Grundsatz" nicht geben. Grundsätzlich steht vielmehr dem leistenden Nichtberechtigten mangels eines eigenen Opfers keine Leistungskondiktion gegen den Empfänger zu.

nicht voll zur Geltung. Diese Bewandtnis läßt sich unschwer erklären. Wenn nämlich die Eingriffskondiktion bereits mit dem Eingriff entsteht, weil die Bereicherung des Dritten schon allein wegen ihres Widerspruchs zum Güterzuweisungszweck eines subjektiven Rechts desBetroffenen rechtsgrundlos ist, leuchtet das dem unbefangenen Betrachter noch unmittelbar ein. Anders aber bei der Leistungskondiktion. Denn wer leistet, will damit immer, wie ausführlich erörtert, über die Bewirkung des in seiner Zuwendung bestehenden Leistungserfolges hinaus einen bestimmten, in der Erfüllung eines Schuldverhältnisses gelegenen Zweck erreichen. Wird dieser Zweck tatsächlich verwirklicht, vermag das dann auch die Bereicherung des Empfängers zu rechtfertigen. Und im Regelfall geschieht dies auch. Oder etwas anders ausgedrückt: der Leistende hat, worauf schon Windscheid[272] aufmerksam gemacht hat, zunächst immer die Vermutung gegen sich, daß es sich bei der Bereicherung des Empfängers um eine gerechtfertigte Bereicherung handelt. Im Gegensatz zur Eingriffsbereicherung liegt daher bei der Leistungsbereicherung das praktische Gewicht auf einem sehr viel engeren Kreis von Fällen, nämlich nur auf denjenigen, wo sich die genannte Vermutung widerlegen läßt. Wir haben nun aufzuzeigen versucht, daß eine eingehendere Untersuchung dennoch auch für die Leistungskondiktion keinen anderen dogmatischen Ansatz zutage fördert, als wie er uns von der Eingriffskondiktion her geläufig ist: Die Entstehungsvoraussetzungen des Anspruchs, so hat sich ergeben, liegen bereits mit der Leistung als solcher vollständig vor. Denn auch die Leistungsbereicherung des Dritten ist rechtsgrundlos schon allein wegen ihres Widerspruchs zum Güterzuweisungszweck eines subjektiven Rechts des Betroffenen. An dem mit dieser Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung umschriebenen Entstehungsgrund der auf der Grundlage eines subjektiven Rechts erwachsenden Haftung geht man vorbei, wenn man von vornherein nur die Zweckverfehlung in den Mittelpunkt der Betrachtung stellt. Erreichung und Verfehlung oder Hinfälligkeit des Leistungszwecks sind erst für die weitere Frage ausschlaggebend, ob diese Haftung dann auch wirklich durchzugreifen vermag: Für die Frage nach einem über den Fortbestand der Haftung entscheidenden, möglichen Rechtsgrund der Bereicherung, der die für

272) Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts[9] (1906) II § 422, 1.

sich genommen rechtsgrundlose Bereicherung zur gerechtfertigten Bereicherung machen könnte.

a) Nur sehr bruchstückhaft tritt dieser Grundzusammenhang im Gesetz dann in Erscheinung, wenn und solange der mit der Leistung verfolgte Zweck einer Herbeiführung der Erfüllung des konkret in Bezug genommenen Schuldverhältnisses erreicht, die Bereicherung des Empfängers also mit Rechtsgrund erlangt ist. Das entspricht der Feststellung, daß unter solchen Voraussetzungen, sofern die Leistung in einer Veräußerung des Rechts besteht, kein Rechtsfortwirkungsanspruch des Leistenden vorhanden ist. Denn was den Gesetzgeber beschäftigt, ist grundsätzlich nur der durchgreifende Anspruch, nicht aber das Zusammenwirken von Rechtsgrundlosigkeit und Rechtsgrund der Bereicherung, das den Anspruch hier zu Fall bringt.

Wenn dieser Zusammenhang dennoch auch im Gesetz immerhin wenigstens bruchstückhaft herauskommt, so handelt es sich um auf eine Reihe besonderer Fälle zugeschnittene einzelne Vorschriften, die das Fehlen des Rechtsfortwirkungsanspruchs ausdrücklich klarstellen sollen: Vorschriften, in denen richtig gesehen nur wieder gesagt wird, daß die den Entstehungsvoraussetzungen nach fertig vorliegende Haftung trotzdem ausbleibt, weil auch insoweit mit der Leistung ein Schuldverhältnis in Bezug genommen und erfüllt worden ist. Zu einer solchen besonderen Stellungnahme sah sich der Gesetzgeber hier veranlaßt, weil er das Schuldverhältnis noch fast durchgängig mit einem Anspruch gleichgesetzt hatte. Denn dadurch mußte die Beurteilung derjenigen Fälle zweifelhaft werden, wo es an einem durchsetzbaren Erfüllungsanspruch oder schon an einem Erfüllungsanspruch überhaupt mangelt. Die damit verbundene Verengung des Begriffs des Schuldverhältnisses und dementsprechend auch wieder der Erfüllung entfällt jedoch, wenn man Schuldverhältnis und Anspruch aus dem Schuldverhältnis voneinander unterscheidet: Wie noch einmal zu erinnern ist, liegt ein der Erfüllung fähiges Schuldverhältnis unabhängig vom Grade der Seriosität seines auf Rechtsgeschäft, Gesetz oder Hoheitsakt oder auch nur auf Konvention, Sitte und Anstandspflichten beruhenden Geltungsgrundes auch dann vor, wenn es mit keinem erzwingbaren oder

überhaupt keinem Erfüllungsanspruch bewehrt ist. Darum geben auch die für diese Fälle vorgesehenen besonderen, die Bereicherungshaftung verneinenden Vorschriften nur die allgemein gültige Feststellung wieder, daß die an sich rechtsgrundlose Bereicherung durch die Erfüllung eines Schuldverhältnisses gerechtfertigt wird.

Ein Beispiel der Art, wo es an der Erzwingbarkeit des Erfüllungsanspruch fehlt, ergibt sich bei dessen Verjährung. Dazu wird in § 222 Abs. 2 BGB gesagt, daß die trotzdem eingetretene Erfüllung des Schuldverhältnisses, aus dem der verjährte Anspruch hervorgegangen ist, auch hier als Rechtsgrund der Bereicherung zu betrachten ist, so daß der Fortwirkungsanspruch nicht durchgreifen kann. Dieselbe Folgerung ist öfter noch für solche Fälle ausgesprochen, wo ein Erfüllungsanspruch ganz fehlt: So beispielsweise bei der Leistung erst nachfolgendem Zustandekommen des Schenkungsvertrages, wie § 516 Abs. 2 Satz 3 BGB zu entnehmen ist; bei der Heilung des formnichtigen Vertrages durch den Vollzug der Leistung nach §§ 313 Satz 2, 518 Abs. 2, 766 Satz 2 BGB; bei der Leistung auf einen Ehemakler-, Spiel- oder Wettvertrag nach §§ 656 Abs. 1 Satz 2, 762 Abs. 1 Satz 2 BGB; bei der Leistung vor Fälligkeit nach § 813 Abs. 2 BGB; oder gemäß § 814 Fall 2 BGB auch bei der Leistung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, "die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach". All diesen Beispielen ist gemeinsam, daß sie nur scheinbare Ausnahmen ausdrücklich auf den Nenner des Regeltatbestandes bringen, demzufolge Rechtsgrund der Leistungsbereicherung immer nur die Erfüllung eines Schuldverhältnisses ist.

Wo, anders als in derartigen scheinbaren Ausnahmefällen, das Vorliegen eines Rechtsgrundes der Bereicherung schon von vornherein außer Zweifel steht, gibt das Gesetz über das Zusammenwirken von Rechtsgrundlosigkeit und Rechtsgrund der Bereicherung keinen Aufschluß. Das ist, wie gesagt, nur natürlich, weil unter diesen Voraussetzungen nach einer Veräußerung des Rechts ein Rückabwicklungsanspruch tatsächlich ja auch gar nicht existiert. Nur sollte man darüber nicht vergessen, daß auch dann der in der Rechtsgrundlosigkeit

der Bereicherung zu fassende Entstehungsgrund der Haftung, obgleich verborgen, schon vorhanden ist.

b)In vollem Umfang, wenngleich wiederum nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit, gewinnt das Nebeneinander von Rechtsgrundlosigkeit und möglichem Rechtsgrund der Leistungsbereicherung im Gesetz dagegen dort Raum, wo die Entstehungsvoraussetzungen der Haftung dann auch wirklich zum Tragen kommen: Nämlich dort, wo die rechtsgrundlose Bereicherung des Empfängers zugleich ungerechtfertigt ist, weil es an der Erfüllung des vom Leistenden in Bezug genommenen Schuldverhältnisses fehlt.

Wenn das Gesetz das nicht voll deutlich macht, so weil es in § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB nur von einem Erlangen "ohne rechtlichen Grund" spricht und damit zwischen der Rechtsgrundlosigkeit und dem Fehlen des Rechtsgrundes der Bereicherung keine Unterscheidung trifft. Und doch wird die gesetzliche Regelung der Bereicherungshaftung wirklich transparent erst dann, wenn man diese Unterscheidung nachholt: Die einschlägigen Einzelvorschriften sind auf die verschiedenen Konstellationen des Ausbleibens oder Wegfalls der Erfüllung des Schuldverhältnisses zugeschnitten. Gegenüber diesen Varianten des Fehlens des Rechtsgrundes der Bereicherung liegt in der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung die konstante Umschreibung des in sich immer gleichen Entstehungsgrundes der Haftung, welche die Leistungskondiktion als durchgängig denselben Anspruch aus einem subjektiven Recht zu begreifen nötigt.

Dabei hat die Vorschrift des § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB den Sachverhalt im Auge, daß auf die Leistung hin die Erfüllung schon gleich von vornherein ausbleibt (condictio sine causa). § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB betrifft die Tatbestände von der Art, wo das mit der Leistung zunächst in Vollzug gesetzte Schuldverhältnis später wieder aufgelöst und darum nun auch nicht länger erfüllt wird (condictio ob causam finitam). Die Bestimmung des § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB endlich handelt, wie eingehend zu erörtern war, ausschließlich von der weiteren Möglichkeit, daß sich die Erfüllung

des Schuldverhältnisses erwartungsgemäß noch nicht unmittelbar mit der Leistung, wider Erwarten aber auch nicht mit der für später vorgesehenen Begründung oder dem für später erhofften Wirksamwerden des in Bezug genommenen Schuldverhältnisses einstellt (condictio causa data causa non secuta). Gleichviel jedoch, ob nun der Rückabwicklungsanspruch in diesen verschiedenen Fällen schon von vornherein mit der Leistung oder erst später vorhanden ist, handelt es sich darum doch nicht etwa um verschiedene Typen der Leistungskondiktion. Immer hat man es vielmehr mit einem in seinen Entstehungsvoraussetzungen, die bereits mit der Leistung durch die Veräußerung eines subjektiven Rechts geschaffen worden sind, einheitlichen Rückabwicklungsanspruch zu tun. Unterschiede im einzelnen bestehen nur bezüglich des Zeitpunkts, in dem diese Entstehungsvoraussetzungen tatsächlich zum Tragen kommen[273].

Der Leistende, der den Anspruch geltend macht, hat hiernach ein Doppeltes darzutun: Einmal die aus der Aufopferung eines ihm zustehenden subjektiven Rechts resultierende Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung des Empfängers. Zum andern ~~die~~ auf den Nichteintritt, den Wegfall oder das endgültige Ausbleiben der Erfüllung der Schuld zurückzuführende Fehlen des Rechtsgrundes dieser Bereicherung.

c) Ist Rechtsgrund der Leistungsbereicherung die Erreichung des Leistungszwecks in der Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses, muß diese Rechtsgrundwirkung der Erfüllung darum doch nicht notwendig auch ausnahmslos in allen Fällen Anerkennung finden. Umgekehrt ist aber möglicher Rechtsgrund der Leistungsbereicherung immer und ausschließlich nur die Erfüllung der Schuld. Hiervon zu unterscheiden sind wieder andere Fälle, wo sich die Frage nach dem Rechtsgrund der Bereicherung richtig gesehen schon gar nicht erst stellt.

273) Außer Betracht bleiben kann hier die Vorschrift des § 812 Abs.2 BGB. Die dort behandelte, sogenannte Kondiktion einer abstrakten Verpflichtung hat mit der Bereicherungshaftung in Wahrheit sachlich nichts zu tun. Die im Wege einer Fiktion vorgenommene Verweisung auf § 812 Abs. 1 BGB hat nur die Bedeutung einer Anfechtung, mag diese auch im Gewande bereicherungsrechtlicher Rückforderung erscheinen. Dazu schon oben Note 246.

aa) In §§ 813 Abs. 1 Satz 1 und 817 Satz 1 BGB sind Einschränkungen in dem zuerst erwähnten Sinne genannt: Hier kann sich der Empfänger auf den an sich vorhandenen Rechtsgrund seiner Bereicherung nicht berufen, so daß darum die Entstehungsvoraussetzungen der Haftung nun doch wieder voll zum Tragen kommen.

Nach § 813 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die Leistungskondiktion ungeachtet der Erfüllung des Schuldverhältnisses dennoch gegeben, wenn dem Erfüllungsanspruch des Empfängers eine dauernde Einrede des Leistenden entgegengestanden hatte. Ausgenommen davon bleibt aber nach § 813 Abs. 1 Satz 2 BGB der schon erwähnte Fall der Verjährung des Anspruchs. Darin kommt zum Ausdruck, daß die Durchbrechung der Rechtsgrundwirkung der Erfüllung keinem starren Schema folgt, sondern auf einer elastisch gehaltenen Interessenabwägung beruht.

Auch nach § 817 Satz 1 BGB besteht trotz Erfüllung eines voll wirksamen Schuldverhältnisses die mit der Leistung entstandene Leistungskondiktion gleichwohl fort, wenn der Empfänger durch die Annahme der Zuwendung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hatte. So muß etwa ein Beamter, der sich für eine an sich nicht pflichtwidrige Handlung hatte ein Geschenk machen lassen, dieses ungeachtet der Erfüllung des Schenkungsvertrages wieder herausgeben. Bleibt dagegen die Erfüllung aus, weil, wie bei der Leistung des Bewucherten an den Wucherer, das mit der Leistung in Bezug genommene Schuldverhältnis nach § 138 BGB wegen Sittenverstoßes nichtig ist, richtet sich die Leistungskondiktion nicht nach § 817 Satz 1 BGB, sondern nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB. Ebenso liegt es, wenn das Schuldverhältnis nach § 134 BGB wegen Gesetzesverstoßes nichtig ist.

Wenn in den Fällen der §§ 813 Abs. 1 Satz 1, 817 Satz 1 BGB die Erfüllung des Schuldverhältnisses den Fortbestand der Leistungskondiktion nicht anzutasten vermag, hat das unmittelbar einleuchtende, besondere Gründe. Aber man wird auch darüber noch hinausgehen und behaupten dürfen, daß hinter diesen Einzelvorschriften ein bei gewissenhafter Abwägung der widerstreitenden Interessen weiterer Ausdehnung fähiger Grundgedanke steht. Damit ergibt sich die Mög-

lichkeit, dem Empfänger die Berufung auf die Erfüllung des Schuldverhältnisses auch in anderen Fällen abzuschneiden, wo die Rechtsfortwirkung zugunsten des Leistenden aufzuheben der Überzeugungskraft nicht weniger entbehren müßte. Vom Fehlen des Rechtsgrundes der Bereicherung darf man in all diesen Fällen aber nicht sprechen. Am Rechtsgrund der Bereicherung fehlt es keineswegs, da das in Bezug genommene Schuldverhältnis ja erfüllt ist. Nur wird es dem Empfänger, wie gesagt, verwehrt, dies für sich ins Feld zu führen. Damit kann die aus dem Widerspruch zum Güterzuweisungszweck des aufgeopferten Rechts des Leistenden resultierende Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung des Empfängers sich nun doch voll auswirken, so daß die Leistungskondiktion durchgreift.

bb) Andererseits kann eine Leistungskondiktion zwar wiederum durchaus vorhanden, nun aber dem Gläubiger die Erzwingbarkeit seines Anspruchs gegen den Schuldner genommen sein.

Ein erstes solches, schon früher angesprochenes Beispiel ist in § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB verborgen: Bei der dort behandelten Leistung auf künftige Schuld steht dem Leistenden die Leistungskondiktion schon unmittelbar mit der Leistung zu, weil es ja zumindest vorläufig an der Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses noch fehlt. Und doch hat der Leistende damit ja auch gerechnet. Darum würde er sich zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen, wenn er den Anspruch nun auch sogleich geltend machen wollte. Er kann diesen ihm zustehenden Anspruch deshalb erst dann auch erzwingen, wenn endgültig feststeht, daß das Schuldverhältnis wider sein Erwarten auch später nicht wirksam zustandekommen und darum die Erfüllung dieses Schuldverhältnisses auch später ausbleiben wird. Wer den Empfänger durch seine Vorwegleistung überhaupt erst zum Abschluß eines entsprechenden Kaufvertrages bewegen will, kann seine Zuwendung erst dann zurückfordern, wenn die Kaufverhandlungen endgültig an der Zurückweisung des Vertragsangebots durch den Empfänger gescheitert sind. Wer den Kaufpreis auf den formnichtigen Grundstückskaufvertrag entrichtet, um den Eigentümer zur Auflassung und Eintragung ins Grundbuch zu veranlassen,

kann sein Geld erst dann zurückverlangen, wenn der Eigentümer die Umschreibung des Grundstücks endgültig verweigert hat und daher eine Heilung des Vertrages nicht mehr in Frage kommt.

Nach § 815 Fall 2 BGB wird ihm allerdings eine solche Durchsetzung seines Anspruchs auch dann noch verwehrt, sofern er den Eintritt des in der späteren Erfüllung der künftigen Schuld bestehenden Erfolges wider Treu und Glauben selbst verhindert hat. Wenn also der im vorhinein Leistende sein Angebot zum Abschluß eines entsprechenden Kaufvertrages nachträglich bereut und das Zustandekommen dieses Vertrages nun an seiner eigenen Person scheitern läßt oder wenn er die zunächst erhoffte Übereignung des Grundstücks und mit ihr die Heilung des Schuldvertrages später selbst hintertreibt, um dadurch die Erfüllung der Schuld zu verhindern und die von ihm schon erbrachte Zuwendung wieder kondizieren zu können, vermag er eine solche Rückabwicklung wiederum wegen der Widersprüchlichkeit seines Verhaltens nicht zu erzwingen.

Nach § 817 Satz 2 Halbs. 1 Fall 1 BGB schließlich ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn der Leistende mit der Verfolgung des auf die Erfüllung eines Schuldverhältn-isses gerichteten Leistungszwecks seinerseits gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat. Auch insoweit handelt es sich um die Versagung der Erzwingbarkeit der Leistungskondiktion. Dabei ist gleichgültig, ob der Anspruch als solcher nach § 817 Satz 1 BGB trotz eingetretener Erfüllung eines wirksamen Schuldverhältnisses erhalten geblieben oder schon nach § 812 Abs. 1 [illegible] 1 BGB gegeben ist, weil das Schuldverhältnis gemäß §§ 134, 138 BGB wegen Gesetzes- oder Sittenverstoßes nichtig und daher auch nicht erfüllbar ist[274].

Auch hinter den §§ 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2, 815 Fall 2, 817 Satz 2 Halbs. 1 Fall 1 BGB steht ein einheitlicher, in diesen Einzelbestimmungen keineswegs erschöpfend zum Ausdruck gelangter und

274) Wieder außer Betracht bleiben kann § 817 Satz 2 Halbs. 1 Fall 2 und Halbs. 2 BGB, wo von der sogenannten Kondiktion einer abstrakten Verbindlichkeit gehandelt wird. Dazu gilt das oben Note 246 und 273 Gesagte.

darum über sie hinaus bedeutsamer Grundgedanke: Die Verwirkung einer rechtlichen Befugnis durch den Widerspruch zu einem vorausgegangenen eigenen Verhalten oder durch einen Gesetzes- oder Sittenverstoß. Der Gläubiger hat an sich eine aus seinem aufgeopferten Recht hervorgegangene Leistungskondiktion, so daß der die Bereicherung aus freien Stücken erstattende Schuldner durchaus in Befriedigung eines Anspruchs verfährt. Aber der Gläubiger kann diesen Anspruch nicht erzwingen. Mit einem Rechtsgrund der Bereicherung des Schuldners hat das aber nichts zu tun. Rechtsgrund der Leistungsbereicherung kann immer nur die Erreichung des Leistungszwecks in der Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses sein. Erstreckt man den Begriff des Rechtsgrundes auch auf diese Fälle, macht man die in ihm enthaltene Aussage uneinheitlich und dadurch wertlos.

cc) Ganz anders liegt es bei den in §§ 814 Fall 1 und 815 Fall 1 BGB angesprochenen Sachverhalten. Weiß der Leistende, daß eine seine Zuwendung an den Empfänger deckende Schuld gar nicht besteht (§ 814 Fall 1 BGB), oder muß er bei einer Leistung auf künftige Schuld schon sicher in Rechnung stellen, daß ein solches Schuldverhältnis später gar nicht zustandekommen bzw. wirksam wird (§ 815 Fall 1 BGB), so leistet er in Wahrheit überhaupt nicht "zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit" oder, was wie wir wissen, dasselbe ist, zur Erreichung "des mit einer Leistung bezweckten Erfolges". Dementsprechend bewirkt er auch keine Zuwendung an einen Dritten. In Ermangelung einer auf die Erfüllung einer gegenwärtigen oder künftigen Schuld gerichteten Zwecksetzung seines Verhaltens vollzieht er vielmehr einen Verzicht. Eine Leistungsbereicherung, für die nach einem möglichen Rechtsgrund zu fragen wäre, ist hier überhaupt nicht vorhanden. Der Verzicht hat keine Bereicherungshaftung zur Folge. Es fehlt also nicht nur an der Durchsetzbarkeit des Rechtsfortwirkungsanspruchs, sondern schon an einem solchen Anspruch selbst.

dd) Auch wenn man von der "in sonstiger Weise" erlangten Bereicherung vollständig absieht, erweist sich somit die von Krawielicki[275]

275) Grundlagen 3 und passim; ähnlich schon Locher AcP 121, 35.

gegebene, häufig genannte Definition des Rechtsgrundes der Bereicherung mit einem "Tatbestand, der zum Behalten einer Vermögensverschiebung berechtigt", als unbrauchbar. Nicht allein, daß hier nur auf das Gesuchte verwiesen wird. Man gerät einfach in die Irre, wenn man zwischen den vorstehend erörterten, unter sich ganz verschiedenen Sachlagen nicht in der erforderlichen Weise differenziert. Dazu aber müssen Rechtsgrundlosigkeit und möglicher Rechtsgrund der Bereicherung von völlig unterschiedlichen Ausgangspunkten her aufgeschlossen, und dann kann der Rechtsgrund ausschließlich als die Erfüllung eines Schuldverhältnisses verstanden werden.

d) Inhaltlich ist die "durch die Leistung eines anderen" und "auf dessen Kosten" erlangte, mit der hier erörterten allgemeinen Leistungskondiktion rückforderbare rechtsgrundlose Bereicherung des Empfängers bei der Veräußerung durch Übereignung identisch mit der vom Leistenden aufgeopferten berechtigten Herrschaftsmacht über die Sache, dem verlorenen Eigentumsrecht. Dann ist der Rechtsfortwirkungsanspruch Herausgabeanspruch (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 und Satz 2 BGB). Bei der Veräußerung durch Verwertung dagegen besteht die Leistungsbereicherung des Empfängers im Wert der Sache, in den sich der in der Herrschaftsmacht über die Sache bestehende Zuweisungsgehalt des vom Leistenden verlorenen Rechts umgesetzt hat. Dann ist der Fortwirkungsanspruch Wertersatzanspruch (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 und Satz 2 i.V.m. § 818 Abs. 2 Fall 1 BGB)[276].

276) Diese Vorschriften gelten (vgl. oben Note 57) unmittelbar für alle Fälle der Veräußerung durch Verwertung, also nicht nur bei Verbrauch, sondern ungeachtet der Sonderbestimmung des § 951 Abs. 1 BGB auch bei Verbindung, Vermischung und Verarbeitung der Sache. Denn auch insoweit wird schon auf die Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs verwiesen.

Dieselbe unmittelbare Anwendung von § 812 Abs. 1 i.V.m. § 818 Abs. 2 BGB ist nicht mehr als selbstverständlich, wenn man im Gegensatz zu der hier gegebenen Begründung mit der ganz überwiegenden Ansicht § 951 Abs. 1 ausschließlich auf die Fälle der Eingriffsbereicherung bezieht, die Sachverhalte der Leistungs-kondiktion hingegen schon von vornherein nur unter §§ 812 ff. fallen läßt: So im Anschluß an Wilburg, Bereicherung 27 ff. und v. Caemmerer, Festschrift Rabel I 352 ff., 363 ff., 369 ff. insbesondere: Wolff-Raiser, Sachenrecht § 74 FN. 1; Westermann, Sachenrecht § 54, 2; Larenz, Schuldrecht II § 62 I b (369/70); Fikentscher, Schuldrecht § 99 IV 2 a; Scheyhing AcP 157, 382 ff.;

Diese Leistungskondiktion ist wiederum kein isolierter Anspruch. Sie stellt vielmehr den Gegenstand eines eigenen Herrschaftsrechts, nämlich eines subjektiven Forderungsrechts dar, welches an die Stelle des verlorenen Herrschaftsrechtes an der Sache, des aufgeopferten Eigentumsrechts, getreten ist. Wenn der Anspruch den Namen eines Rechtsfortwirkungsanspruchs verdient, so deshalb, weil das verlorene subjektive Recht zwar nicht in ihm, wohl aber durch ihn in einem neuen subjektiven Recht fortzuwirken vermag: Er ermöglicht die Entstehung eines das Eigentumsrecht ersetzenden Forderungsrechts, dessen Gegenstand er bildet.

Stets aber handelt es sich hier um ein und denselben, nämlich in seinen Entstehungsvoraussetzungen bereits durch die Leistung fest-

---

Baur, Sachenrecht §§ 13 B II, 53 c I 2; Baur/M.Wolf JuS 1966,394/5; grundsätzlich auch Esser, Schuldrecht § 190, 4 a.E., der freilich aaO § 187, 4 b, cc dem § 951 Abs. 1 BGB auch Bedeutung für die Leistungskondiktion beimißt. Indes geben weder § 951 Abs. 1 selbst noch §§ 946 bis 950 BGB den leisesten Anhalt für eine solche Beschränkung des § 951 Abs. 1 auf die Eingriffsfälle her. Ebenso unbestreitbar ist diese Vorschrift in ihrem gesamten Anwendungsbereich Ausdruck der Rechtsfortwirkung. § 951 Abs. 1 ist daher, wie BGHZ 40, 272 (276 ff.); 41, 157 (159) und Berg AcP 160, 512 richtig sehen, nicht anders als im Hinblick auf den Verlust des Eigentums an der alten Sache die §§ 946 ff., für die Fälle der Leistungsbereicherung ebenso von Bedeutung wie für diejenigen der Eingriffsbereicherung. Diese Bedeutung liegt auch insoweit wieder nicht darin, daß dem Alteigentümer der Bereicherungszugriff gegen den Neueigentümer erst eröffnet werden müßte, sondern in einer Klarstellung. Klarzustellen ist freilich nicht etwa, daß die Verwirklichung eines hinter §§ 946 ff. stehenden formellen Ordnungsprinzips noch der materiellen Kontrolle durch das Bereicherungsrecht bedürfte. Klarzustellen ist in § 951 Abs. 1, wie wir sagen müssen, auch insoweit wieder nur, daß die normale, mit der Rechtsfortwirkung zu erklärende und hier auf die Erstattung einer Leistungsbereicherung zielende Bereicherungshaftung den derivativ erlangten Wert der untergegangenen Sache, nicht dagegen das originäre Eigentum an der einheitlichen Gesamtsache bzw.an der neuen Sache zum Gegenstand hat.

Die Gegenansicht trifft das richtige Ergebnis nur, weil § 951 Abs. 1 Satz 1 gerade wegen seiner nur klarstellenden Bedeutung als Verweisung schon auf die Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs zu verstehen ist. Diese Tragweite der Verweisung wird als solche heute auch nicht mehr ernstlich bestritten; dazu oben Note 55 m.w. Nachw. Der Fehler liegt nur in der Beschränkung des § 951 Abs. 1 BGB auf die Eingriffskondiktion, indem man der Leistungskondiktion im Unterschied zur Eingriffskondiktion den Charakter eines Rechtsfortwirkungsanspruchs abspricht.

Im übrigen hierzu schon oben Note 67.

gelegten Anspruch, mögen diese Voraussetzungen nun schon von vornherein oder erst zu einem späteren Zeitpunkt tatsächlich zum Tragen kommen. Und auch wo im Gesetz sonst noch auf diese Bereicherungshaftung eigens verwiesen wird (§§ 323 Abs. 3, 327 Satz 2, 516 Abs. 2 Satz 3, 531 Abs. 2 usf. i.V.m. § 812 BGB), geht es nie um einen aus einem Schuldverhältnis hervorgegangenen besonderen Anspruch. Auch insoweit liegt vielmehr immer nur derselbe, aus einem aufgeopferten subjektiven Recht erwachsene Fortwirkungsanspruch vor, dessen Entstehungsvoraussetzungen allein mit der Leistung ausgelöst werden. Die gesetzliche Verweisung auf die Bereicherungsvorschriften der §§ 812 ff. BGB zielt deshalb nicht erst auf die Folgen[277], sondern schon auf die Voraussetzungen der Rückabwicklung, also auf eine Haftung, wie sie ohnehin gegeben ist[278]. Immerhin aber wird auf diese Weise klargestellt, daß gegenüber einer möglichen schärferen Rückabwicklungshaftung der mildere Haftungsmaßstab des allgemeinen Bereicherungsrechts gelten soll.

e) Näher ist auf die Fragen, die sich aus der Einordnung der allgemeinen Leistungskondiktion in den Aufbau des Gesetzes ergeben, nicht mehr einzugehen. Für uns galt es nur zu zeigen, daß erst die Entwicklung dieses Anspruchs aus dem subjektiven Recht, die zu einer Unterscheidung von Rechtsgrundlosigkeit und möglichem Rechtsgrund der Bereicherung führt, und die alleinige Anerkennung der Erfüllung eines Schuldverhältnisses als ein solcher Rechtsgrund die gesetzliche Regelung durchsichtig macht. Denn dann erst läßt sich hinter den uneinheitlichen Einzelvorschriften des Gesetzes, die teilweise noch sehr deutlich den recht fragmentarischen Charakter ihrer verschiedenen dogmengeschichtlichen Vorbilder verraten, ein in sich geschlossenes und leicht faßliches, einfaches Prinzip aufdecken.

6. Fassen wir unser Ergebnis zusammen: Sollen das Wesen der Leistungskondiktion, ihre Begrenzung und ihre Stellung im System un-

277) So aber die h.M.; vgl. statt aller übrigen Esser, Schuldrecht § 187, 4 b, bb.

278) Für andere Verweisungsfälle ebenso Esser aaO.

seres Privatrechts verläßlich erfaßt werden, läßt sich auch für diesen Anspruch nicht darauf verzichten, über die bloße "rechtsgrundlose Leistung" als solche hinaus zu dem hinter einem solchen Tatbestand stehenden allgemeineren dogmatischen Prinzip der Rechtsfortwirkung vorzudringen. Wie die ~~Leistungs~~Eingriffskondiktion mit dem Eingriff aus dem verletzten, so geht die Leistungskondiktion mit dem in der Leistung gelegenen Opfer aus einem übertragenen subjektiven Recht hervor. Auch die Leistungskondiktion ist ein Rechtsfortwirkungsanspruch, und zwar im Gegensatz zur Eingriffskondiktion als bereicherungsrechtlichem Eingriffsanspruch und auch zu den deliktsrechtlichen Eingriffsansprüchen ein Opferanspruch, eine Opferkondiktion. Auch dieser Anspruch verleiht dem subjektiven Recht Drittschutz, wennschon hier nicht in der Funktion des Eingriffsschutzes bei der Verletzung des Rechts, sondern in der Funktion der Opfersicherung bei seiner Übertragung. Rückabgewickelt wird also nicht ein fehlgeschlagenes oder dahingefallenes Schuldverhältnis, sondern die zuvor mit der Leistung vorgenommene Übertragung eines Rechts.

B. Überlassung des Rechts zur Ausübung

Neben der Übertragung des subjektiven Rechts durch seine Veräußerung steht seine Übertragung durch Überlassung zur Ausübung, die uns im folgenden beschäftigen wird. Dabei haben wir freilich etwas weiter auszugreifen, als die mit der Ausübungsüberlassung verbundenen Vorstellungen gemeinhin reichen. Das ist von vornherein klarzustellen, weil schon der Gesetzgeber der Auffassung war, diese Form der Rechtsübertragung gebe zu einer Vorschrift von allgemeiner Bedeutung keinen Anlaß[279], und die Ausübungsüberlassung nicht zuletzt darum auch später in der dogmatischen Erörterung kaum über ein Schattendasein hinausgekommen ist. Wie wir meinen, sehr zu Unrecht: Denn hinter der Überlassung des Rechts zur Ausübung steht tatsächlich nichts anderes als die Lehre von seiner Belastung, deren allge-

279) Mot. I 275.

meingültige Grundsätze auf diese Weise nicht umfassend und deutlich genug herausgearbeitet worden sind. Nun wird man mit einer solchen Behauptung nicht auf Anhieb Verständnis erwarten dürfen, solange zumindest die ganz herrschende Ansicht die Belastung als eine ihrem Ursprung nach spezifische Denkform des Sachenrechts behandelt, der Ausübungsüberlassung hingegen nur "schuldrechtliche Wirkung" zuschreibt[280]. Offenbar näher kommt unserer Behauptung aber schon, daß heute gesagt wird, man müsse die Ausübungsüberlassung jedenfalls bei Herrschaftsrechten allgemein für zulässig halten[281]. Denn wenn das richtig ist, wird man in der Annahme nicht fehlgehen, daß dann doch wohl auch die Stellung des Begünstigten selbst etwas mit der Herrschaftsmacht über einen Gegenstand zu tun hat. Dies gerade aber ist uns von der Belastung eines Rechts her wohl vertraut. Andererseits ist hier nicht der Ort, die Ausübungsüberlassung oder Belastung des Rechts bis in alle Einzelheiten hinein zu verfolgen. Was uns interessiert, ist vor allem der mit einer solchen Ausübungsüberlassung entstehende Opferanspruch: Dieser Anspruch darf in einer Auseinandersetzung nicht fehlen, die auch die Leistungskondiktion als einen Rechtsfortwirkungsanspruch erweisen soll.

1. Übergibt der Eigentümer seine Sache zur Erfüllung eines Schuldverhältnisses einem Dritten, wendet er die ihm zugewiesene, berechtigte Herrschaftsmacht über die Sache dem neuen Besitzer auch dann zu, wenn er selbst das Eigentumsrecht an der Sache nicht veräußert, sondern nach wie vor behält. So liegt es einmal dann, wenn der Empfänger die Sache zur Verwirklichung der Schuld als Mieter, Pächter, Entleiher, Verwahrer, Nießbraucher oder Pfandgläubiger übergeben bekommt. So liegt es aber auch dann, wenn die Übergabe im Rahmen der zur Erfüllung einer Schuld, also etwa von Kauf, Tausch oder Schenkung, vorgenommenen Übereignung der Sache erfolgt, die Veräußerung des Rechts jedoch wider Erwarten endgültig fehlschlägt oder auch vorläufig noch gar nicht ganz vollendet werden

280) Was, weil eine allgemeine Vorschrift fehlt, in der Regel für § 1059 Satz 2 BGB dargetan wird: Mot. III 525; Westermann, Sachenrecht § 121 V 2; Baur, Sachenrecht § 32 II 4; Staudinger-Spreng, 4 zu § 1059; Soergel-Siebert-Mühl, 2 zu § 1059. Anders Wolff-Raiser, Sachenrecht § 118 I, wonach der Dritte eine Art abgeschwächtes Recht an der Sache erwirbt m.w.Nachw. dort FN. 2. In gleichem Sinne RGZ 101, 9(7), während (für die Dienstbarkeit) RGZ 159, 193 (208) der h.M. folgt. Der BGH hat die Streitfrage in LM Nr. 2 zu § 95 BGB unentschieden gelassen.

soll. In all diesen Fällen überläßt der Eigentümer sein Recht an der Sache schon mit der Übergabe als solcher dem Besitzer zur Ausübung.

2. Gerade weil die Lehre von der Überlassung des subjektiven Rechts zur Ausübung an einen Dritten alles andere als klar ausgetragen ist, empfiehlt es sich, diese Behauptung und die aus ihr zu ziehenden Folgerungen erst noch einmal in groben Strichen etwas näher zu umreißen.

a) Nicht anders als bei der Veräußerung des Eigentumsrechts durch Übereignung der Sache ist auch bei der schon durch die bloße Übergabe der Sache vollzogenen Überlassung des Rechts zur Ausübung die Herrschaftsmacht des neuen Besitzers über die Sache berechtigte Sachherrschaft: Dies wieder deshalb, weil der Eigentüm-er die Herrschaftsmacht dem Besitzer kraft der Verfügungsmacht über das Eigentumsrecht zugewendet hat. Das heißt mit anderen Worten, daß man bereits in der Übergabe als solcher eine Leistung zu sehen hat.

Die mit der Ausübungsüberlassung erlangte Herrschaftsmacht über die Sache bildet den Zuweisungsgehalt eines neuen, selbständigen subjektiven Rechts des Besitzers an der Sache. Dieses Recht tritt neben das dem Eigentümer verbleibende, aber eben zur Ausübung überlassene und darum nunmehr nur noch mittelbar zum Besitz berechtigende subjektive Recht an derselben Sache: Der neue Besitzer erwirbt das "unmittelbare Recht zum Besitz", das bisher dem Eigentümer zugestanden hatte. Was ein solches, im Wege der Ausübungsüberlassung des Eigentums schon durch bloße Übergabe der Sache erworbenes Drittbesitzrecht von dem durch Veräußerung mittels Übereignung der Sache erworbenen, im übergegangenen Eigentum bestehenden und gleichfalls unmittelbaren Recht zum Besitz unterscheidet, ist also nicht die berechtigte Herrschaftsmacht über die Sache.

Der Unterschied ist ein anderer: Bei der Veräußerung des Rechts begibt sich der Eigentümer zugunsten des Erwerbers mit der Herrschaftsmacht über die Sache zugleich des Rechts an der Sache über-

haupt und damit auch der Verfügungsmacht über das Recht. Kraft dieser Verfügungsmacht ist auch das Eigentumsrecht des Erwerbers wieder unbeschränkt dingliches Recht an der Sache. Hier bei der Überlassung des Rechts zur Ausübung verliert der Eigentümer dagegen nur die Herrschaftsmacht über die Sache an einen Dritten, während er das Eigentumsrecht an der Sache und mit ihm auch die Verfügungsmacht über das Recht behält. Dies wiederum schließt aber nicht aus, daß er dem neuen Besitzer nicht nur die Herrschaftsmacht über die Sache einräumt, sondern ihm wenigstens in beschränktem Umfang auch eigene Verfügungsmacht über sein Drittbesitzrecht verleiht: Je nachdem ist das mit der Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts entstehende Drittbesitzrecht des Erwerbers, wie bei der Übergabe zur Miete oder Leihe oder auch, wenn die darüber hinaus gewollte Übereignung scheitert oder erst später zur Vollendung kommen soll, zum Verkauf nur ein persönliches Recht zum Besitz, ein persönliches Recht an der Sache. Oder aber, es ist, wie bei der Übergabe zu Nießbrauch oder Pfand, ein dingliches Recht zum Besitz, ein beschränkt dingliches Recht an der Sache.

b) Für den Besitzer stellt die berechtigte Herrschaftsmacht über die Sache, das ihm vom Eigentümer durch die Übergabe zugewendete Gut in der Form des unmittelbaren Rechts zum Besitz, eine Bereicherung dar. Das gilt unabhängig davon, ob die Erfüllung des mit der Leistung vom Eigentümer in Bezug genommenen Schuldverhältnisses eintritt oder nicht.

Ihrer normativen Natur gemäß überdauert die im Eigentumsrecht gelegene Güterzuweisung auch die Übertragung des Rechts durch seine Überlassung zur Ausübung. Zu dieser Güterzuweisung des zur Ausübung überlassenen Rechts des Eigentümers steht die Bereicherung des Besitzers im Widerspruch. Darum ist sie rechtsgrundlos. Demgemäß erzeugt die Güterzuweisung schon mit der in der Übergabe der Sache vollzogenen Leistung[282] eine Leistungskondiktion, die sich auf die in dem verlorenen Zuweisungsgehalt des fortbestehenden Rechts des

282) Und selbstverständlich erst mit der Leistung: vgl. im übrigen oben Note 32, 48 und 73.

Eigentümers in seiner ursprünglichen Gestalt liegende, rechtsgrundlose Bereicherung des Besitzers richtet: Einen Herausgabeanspruch aus dem durch die Ausübungsüberlassung zum "mittelbaren Recht zum Besitz" gewordenen Eigentumsrecht, der freilich gemeinhin irreführend als "Herausgabeanspruch aus mittelbarem Besitz" bezeichnet wird. Vermöge dieses Anspruchs wirkt das zur Ausübung überlassene Eigentumsrecht seiner güterzuweisenden Bestimmung nach fort.

Wir haben es also ebenso wie bei der Vindikation wieder mit einem Rechtsfortwirkungsanspruch zu tun: Grundlage des Anspruchs ist das subjektive Recht des Eigentümers. Sein wie dort mit dem Eingriff, so hier mit der Leistung ausgelöster Entstehungsgrund ist die Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung des Besitzers. Die Erzeugung eines solchen Anspruchs läßt erneut die Normativität der Zuweisung in ihrer Funktion als Güterzuweisung in Erscheinung treten.

c) Halten wir im übrigen noch einmal fest: Das Eigentumsrecht wird dadurch zum "mittelbaren Recht zum Besitz", daß es einem Dritten, anstatt durch Übereignung der Sache veräußert, nur zur Ausübung überlassen wird. Dazu genügt schon die Übergabe der Sache als solche. Auch mit der Ausübungsüberlassung geht zwar der in der Herrschaftsmacht über die Sache bestehende Zuweisungsgehalt des bis dahin unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts auf den neuen Besitzer über, um nunmehr in dessen Hand den Zuweisungsgehalt eines nur persönlichen oder aber auch beschränkt dinglichen, jedenfalls aber selbständigen unmittelbaren Rechts zum Besitz zu bilden. Aber diesem Herrschaftsrecht des Besitzers an der Sache gegenüber bleibt das unbeschränkt dingliche Recht des Eigentümers an derselben Sache bestehen, wobei der Eigentümer für sein Opfer durch einen aus seinem Recht hervorgehenden Anspruch gegen den Besitzer gesichert wird.

d) Worauf es uns mit diesen Thesen vor allem ankommt, bedarf kaum eines weiteren Hinweises: Die zunächst an der Veräußerung des

subjektiven Rechts entwickelten Prinzipien bereicherungsrechtlicher Opfersicherung gelten entsprechend auch für die Überlassung des Rechts zur Ausübung. Dort wie hier ist es die Fortwirkung des übertragenen Rechts, welche die mit der Übertragung ausgelöste Leistungs- oder sonstige Opferkondiktion erklärt.

3. Damit können wir nun daran gehen, unsere Thesen weiter zu verdeutlichen und die in ihnen beschlossenen Aussagen im einzelnen zu vertiefen. Zu diesem Zweck werden wir freilich etwas umfassender ausholen und auf eine dogmatische Entwicklung eingehen müssen, welche schon fast mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches eingesetzt hat. Dabei stoßen wir in einen Problembereich, in dem sich die der Kodifikation zugrunde liegende Systemanschauung mittlerweile besonders nachhaltig gewandelt hat. Es wird sich zeigen, daß unsere Thesen nicht mehr als den folgerichtigen Endpunkt dieser Entwicklung darstellen.

a) Das Gesetz statuiert in § 985 BGB den ebenso lapidaren wie elementaren Satz, daß der Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen kann. Dem wird in § 986 Abs. 1 BGB der weitere Satz entgegengestellt, daß der Besitzer die Herausgabe der Sache verweigern kann, wenn er dem Eigentümer gegenüber "zum Besitz berechtigt" ist. Die klassische, auf klar ausgeprägtem gemeinrechtlichem Gedankengut fußende und etwa auch in die bahnbrechende Abhandlung von Martin Wolff über "Das Recht zum Besitze" aus dem Jahre 1903[283)] eingegangene Doktrin hat das dahin verstanden, daß jede Zweiung von Eigentum und Besitz unabhängig davon die Vindikation auslöse, auf welche Weise der Eigentümer den Besitz verloren hat: Man ist also eines Eigentumsbegriffs gewiß, demzufolge sich die Herrschaftsmacht über eine Sache dergestalt bei einem Einzelnen monopolisieren läßt, daß er sie ein für allemal jedem Dritten gegenüber für sich in Anspruch nehmen darf. Demgegenüber verschließt man natürlich nicht die Augen davor, daß nicht zuletzt auch im Inter-

283) Festgabe für Richard Koch (1903) 150 ff.

esse eines solchen Eigentümers selbst ein zeitweiliges Auseinanderfallen von Eigentum und Sachherrschaft in der Hand eines dritten Besitzers einer rechtlichen Absicherung bedürfen kann. Aber hierzu soll sich der Besitz eines solchen Dritten immer nur mit der Wirkung gleichsam "unterlegen" lassen, daß der Besitzer der Vindikation des Eigentümers mit einer Einrede zu begegnen vermag. Dabei wird zwischen einem persönlichen und einem dinglichen Besitzrecht unterschieden, was auf dem Hintergrund der systematischen Scheidung von Schuld- und Sachenrecht zu sehen ist.

Ein "persönliches Recht zum Besitz" wird dem Besitzer von einem vollwirksamen Schuldverhältnis gewährt, das den Eigentümer, wie die Miete oder Leihe oder bei mißlungener oder doch noch nicht vollendeter Übereignung auch der Kauf, gegenüber dem Besitzer zur Überlassung und Belassung der Sachherrschaft verpflichtet. Dasselbe gilt von einer entsprechenden Kette vollwirksamer Schuldverhältnisse vom Eigentümer über einen Zwischenmann zum Besitzer, wenn im übrigen der Zwischenmann dem Eigentümer gegenüber befugt ist, dem Besitzer die Sachherrschaft zu überlassen. Die damit bewirkte Bindung des Eigentümers wird "rein schuldrechtlich" verstanden: Die Übergabe der Sache an einen Dritten zu berechtigtem Besitz läßt das Eigentumsrecht vollkommen unberührt, hat also keine Verfügung über das Recht zum Inhalt. Darum schließt grundsätzlich auch die eigenmächtige Ergreifung des Besitzes die Berufung auf ein Recht zum Besitz nicht aus, sofern nur der Besitz durch ein entsprechendes Schuldverhältnis gedeckt ist[284]. Im Gegensatz zu einer konstitutiven Übertragung des Eigentumsrechts, welche dessen "Belastung" kennzeichnet und ebenso wie dessen translative Übertragung oder "Veräußerung" ein eigenes Recht des Erwerbers an der Sache verschafft[285], kann man hier nur von einer Übertragung des Rechts durch seine "Überlassung zur Ausübung" reden, die kein eigenes Recht des Besitzers entstehen läßt[286]. Das auf solche Weise ausgeübte Recht bleibt vielmehr frem-

284) M. Wolff aaO 152 ff.

285) Dazu statt aller: v. Tuhr, Allgemeiner Teil II 1 § 45.

286) v. Tuhr aaO II 2 § 92 II.

des Recht. Dementsprechend bedarf diese Stellung des Besitzers, wenigstens grundsätzlich, keines eigenen Schutzes gegenüber einer Verletzung von dritter Seite, und kann der Besitzer diese Stellung auch nicht aus eigener Machtvollkommenheit auf andere übertragen.

Demgegenüber gewährt ein besitzverbundenes beschränkt dingliches Recht wie ein Nießbrauchs- oder Pfandrecht an der Sache dem Besitzer ein "dingliches Recht zum Besitz". Hier erklärt sich die Bindung des Eigentümers nicht aus einer Schuldbeziehung, die ihn unmittelbar oder über einen Zwischenmann mittelbar mit dem Besitzer verbindet. Sie beruht vielmehr auf dem beschränkt dinglichen Herrschaftsrecht des Besitzers als solchen, das, wie soeben schon berührt, im Wege einer konstitutiven Übertragung oder Belastung des Eigentumsrechts entsteht und wie das durch dessen translative Übertragung oder Veräußerung erworbene unbeschränkt dingliche Eigentumsrecht ein eigenes Recht des Besitzers darstellt. Hier also liegt der Entstehung des Rechts zum Besitz eine inhaltliche Veränderung des Eigentumsrechts zugrunde, die eine Verfügung über das Recht erfordert. Dabei ist freilich streitig, ob man sich mit der ganz herrschenden Auffassung das an bestimmte Typen gebundene, beschränkt dingliche Drittrecht als aus dem Eigentumsrecht herausgespalten[287] oder aber als durch eine Vervielfältigung von Eigentumsbefugnissen gebildet[288] vorzustellen hat. Im übrigen ist das beschränkt dingliche Drittrecht ebenso wie das Eigentumsrecht allseitig gegen eine Verletzung geschützt und, wenigstens in gewissem Umfang, auch seinerseits aus eigener Machtvollkommenheit des Berechtigten übertragbar.

In welcher dieser beiden Formen man hiernach das Auseinanderfallen von umfassender Berechtigung an der Sache und tatsächlicher Sachherrschaft auch rechtlich zu stabilisieren versucht, wo dem Besitzer ein derartiges "Recht zum Besitz" nicht, nicht mehr oder etwa

---

287) v. Tuhr aaO II 1 § 45 II.

288) Das war vor allem die These von Hirsch, Die Übertragung der Rechtsausübung (1910), insbes. 170 ff., 194 ff. Hirsch wollte diesen Gedanken darüber hinaus sogar auch auf die Fälle einer Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts zur Miete, Pacht usw. anwenden; aaO 173.

auch noch nicht zusteht, ist er der Vindikation des Eigentümers uneingeschränkt preisgegeben. So also, wenn das den Besitz unterlegende Schuldverhältnis nichtig oder unwirksam, mit Wirkung ex tunc oder ex nunc wieder aufgelöst oder auch noch nicht wirksam begründet worden ist. Und so auch, wenn das den Besitz unterlegende, beschränkt dingliche Recht an der Sache nicht oder doch noch nicht wirksam bestellt worden oder nachträglich wieder erloschen ist. Davon abgesehen können dem Eigentümer, der die Einrede des Rechts zum Besitz nicht oder nicht mehr zu gewärtigen hat, außer der Vindikation nach § 985 BGB nun aber auch die Besitzkondiktion nach § 812 BGB und vor allem sonstige "vertragliche" oder "gesetzliche" Herausgabeansprüche gegen den Besitzer zustehen, wie sie sich etwa nach §§ 346, 556, 581 Abs. 2, 604, 695, 1055, 1223 BGB ergeben. Solche Rückabwicklungsansprüche stehen zur Vindikation im Verhältnis der Anspruchskonkurrenz. Nicht klar ausgetragen ist dabei, ob man sich diese Ansprüche als seit der Begründung eines Schuldverhältnisses zwischen den Beteiligten oder seit der Erlangung der Sachherrschaft durch den neuen Besitzer an sich vorhanden und nunmehr fällig, oder als jetzt überhaupt erst entstanden denken soll.

b) Die hier geschilderten Positionen der klassischen Doktrin sind in der Folgezeit einer tiefgreifenden Umgestaltung unterworfen worden. Dieser Wandel hat seinen Schwerpunkt zunächst in der Kritik der Vorstellung, daß ein dem Besitzer zustehendes persönliches "Recht zum Besitz" das Eigentumsrecht wegen der nur schuldrechtlichen Bindung des Eigentümers völlig unberührt lasse. Den äußeren Anstoß[289] zu solcher Kritik gab namentlich der Wunsch, gewisse Unstimmigkeiten im Gesetzesaufbau auszuräumen. So mußte insbesondere eine Diskrepanz in der Fassung von § 986 Abs. 1 BGB und § 1004 Abs. 2 BGB auffallen: Die Ansprüche nach § 985 BGB und § 1004 Abs. 1 BGB liegen als Ansprüche des Eigentumsschutzes unzweifelhaft in derselben Ebene. Demgegenüber überrascht, daß ein "Recht zum Besitz" nach dem Wortlaut des § 986 Abs. 1 BGB den fortbestehenden

289) Zum folgenden ausführlich vor allem Scherk, Die Einrede aus dem Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache, JhJ 67 (1917) 301 (303 ff.).

Herausgabeanspruch nur einredeweise lahmlegen soll, während nach § 1004 Abs. 2 BGB eine dem "Recht zum Besitz" entsprechende Stellung des Dritten den Beseitigungs- oder Unterlassungsanspruch schon von vornherein ausschließt und damit als Einwendung wirkt. In diesem letzteren Fall weist der ohne Rücksicht auf die persönliche oder dingliche Natur der Stellung des Dritten vorgesehene Ausschluß der Ansprüche durchgängig auf eine inhaltliche Veränderung des betroffenen Eigentumsrechts. Aber auch in § 986 Abs. 1 BGB wird zwischen einem nur persönlichen und einem dinglichen "Besitzrecht" nicht unterschieden. Das mußte die Folgerung aufdrängen, man habe nicht allein beim Vorliegen eines dinglichen, sondern auch beim Vorliegen eines nur persönlichen "Besitzrechts" des Besitzers eine inhaltliche Veränderung des Rechts des Eigentümers anzunehmen und darauf fußend auch die Vindikation einheitlich als von vornherein ausgeschlossen zu betrachten. Dann wirkt auch das "Recht zum Besitz" als Einwendung.

aa) In der Sache freilich ging es von Anbeginn um weit mehr und wichtigeres als eine solche harmonisierende Interpretation des Gesetzes. Wenn es gilt, das im Eigentum einem Einzelnen gegenüber allen übrigen Rechtsgenossen zuerkannte, umfassende Herrschaftsrecht an einem bestimmten Gegenstand wenigstens auf Zeit mit der Innehabung der tatsächlichen Herrschaftsmacht durch einen Dritten rechtlich in Einklang zu bringen, will eine Unterscheidung von bloßer Nutzungsüberlassung und Belastung des Eigentumsrechts nicht recht überzeugen. Daß das Eigentumsrecht im einen Falle als solches unberührt bleiben und nur im anderen Falle einer Veränderung unterzogen sein soll, erscheint weniger sachbedingt denn als zufälliges Erbe romanistischer Tradition. Das deutsche Recht hatte keine vergleichbare Unterscheidung ausgebildet.

Eine inhaltliche Veränderung des Eigentümerrechts auch bei nur persönlichem "Besitzrecht" eines Dritten nachzuweisen, ist denn auch, obgleich noch einigermaßen verdeckt, schon das eigentliche Ergebnis einer Auseinandersetzung mit dieser Frage bei Raape[290].

290) Gebrauchs- und Besitzüberlassung, JhJ 71 (1922) 97 ff., insbes. 156 ff.

Hier wird bereits der Versuch gemacht, auch die etwa miet- oder pachtweise vorgenommene Ausübungsüberlassung des Eigentums an den Besitzer als eine Verfügung des Eigentümers über sein Recht zu deuten. "An sich" nämlich soll die Vindikation mit der Zweiung von Eigentum und Besitz auch dann entstehen, wenn der Eigentümer die Herrschaftsmacht über die Sache aus freien Stücken einem Dritten einräumt. Wohl aber werde hier die Fälligkeit der Vindikation bis zur Beendigung des Besitzrechts des Dritten mit der Wirkung hinausgeschoben, daß der Anspruch so lange nicht nur einredebehaftet, sondern überhaupt ausgeschlossen sei.

Die Verfügung, die soweit statt vom Eigentümer von einem Zwischenmann vorgenommen, nach § 185 BGB der Zustimmung des Eigentümers bedarf, soll in der Übergabe der Sache liegen. Dabei wird die Vollgültigkeit des durch sie zu erfüllenden Schuldverhältnisses vorausgesetzt[291].

bb) Offen nicht allein auf eine Zurückdrängung der Vindikation als "noch nicht fällig", sondern auf eine Schmälerung des Eigentumsrechts selbst hebt die Erklärung ab, die in neuerer Zeit Raiser[292] gegeben hat.

Er stellt die Figur des subjektiven Rechts als solche nicht in Frage, fordert aber eine Auflockerung des in deren Mantel ausgebildeten starren Eigentumsbegriffs. Wenn man sich richtigerweise dazu verstehe, das Eigentum als eine komplexe Rechts- und Pflichtenstellung zu begreifen[293], müsse man von der Vorstellung Abschied nehmen, daß jedes Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz zwangsläufig die Vindikation zur Folge hat. Und dann könne man vor allem auch nicht annehmen, daß dieses Eigentum nur durch dingliche Drittrechte an derselben Sache eingeschränkt werde, dagegen jede bloß

291) aaO 157/8, 161, 172 ff.

292) Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz, Festschrift für Martin Wolff (1952) 123 ff., insbes. 134 ff.

293) Dazu weiter auch Wolff-Raiser, Sachenrecht § 51 II 3. Vgl. auch oben Note 11 bis 13.

schuldrechtliche Bindung des Eigentümers gegenüber dem Besitzer als sachenrechtlich irrelevant von sich ableiten lasse. Ohne die übernommene Unterscheidung von Ausübungsüberlassung und Belastung des Eigentumsrechts aufzugeben, [illegible] auf solche Weise begründet, [illegible] nicht erst die Bestellung eines besitzverbundenen, beschränkt dinglichen Drittrechts, sondern mit der Übergabe der Sache auch ein zur Einräumung der Sachherrschaft verpflichtendes, wirksames Schuldverhältnis als solches schon das Eigentum beschneidet. Infolgedessen ist die Vindikation des Eigentümers gegenüber dem "berechtigten" Besitzer ausgeschlossen.

Damit liegt nicht nur in der Bestellung eines Nießbrauchs oder Pfandrechts, sondern auch in der bloßen Übergabe zur Miete oder Verwahrung eine Verfügung über das Eigentum[294]. Die Vindikation bleibt dem Eigentümer nur dort erhalten, wo der Besitzer seinen Besitzerwerb oder den eines Zwischenmanns nicht auf eine wirksame Verfügung des Eigentümers zurückführen kann.

cc) Einen bedeutsamen Schritt weiter auf diesem Wege war früher schon Margarethe Scherk[295] gegangen.

Auch sie ist den durchgängigen Ausschluß der Vindikation des Eigentümers gegenüber dem "berechtigten" Besitzer darzulegen bestrebt. Hierzu wendet sie den an der Bestellung beschränkt dinglicher Sachherrschaftsrechte nach der Art von Nießbrauch oder Pfandrecht entwickelten Gedanken einer Herausspaltung von rechtlichen Befugnissen aus dem Vollrecht auf das dingliche und das persönliche "Recht zum Besitz" selbst an - also auch auf denjenigen Besitzer, der wie der Pächter oder Entleiher sein Besitzrecht auf ein wirksames Schuldverhältnis stützt: Um die Besitzbefugnis gemindert, fließt aus dem Eigentumsrecht so lange kein Herausgabeanspruch mehr, als das dingliche oder persönliche Besitzrecht des Dritten besteht. Dabei soll das dingliche Besitzrecht mit der Bestellung des beschränkt dinglichen Sachherrschaftsrechts und das persönliche Besitzrecht

294) Festschr. Wolff 138.

295) JhJ 67, 301 ff., insbes. 311 ff., 396 ff.

mit der wieder gleichfalls als Verfügung über das Eigentumsrecht aufgefaßten Übergabe der Sache[296] entstehen.

Wenn hier eine Verkürzung des Eigentumsrechts gegenüber jedem berechtigten Drittbesitz damit belegt wird, daß die für die Entstehung von Tochterrechten aus dem Mutterrecht gegebene Erklärung auf das Recht zum Besitz als solches und insbesondere auch auf das persönliche Besitzrecht des Dritten zu erstrecken sei, heißt das wenigstens im Ergebnis Belastung und Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts zusammenziehen.

dd) Das ist die Folgerung, die auf derselben Auffassung aufbauend heute von Diederichsen[297] nun auch ausdrücklich gezogen wird.

Auch für ihn ist nicht die erst spätere Fälligkeit des Anspruchs oder ein Schuldverhältnis die Ursache dafür, daß die Vindikation gegenüber einem "berechtigten" Besitzer zu weichen hat. Ob dingliches oder nur persönliches "Besitzrecht" des Dritten, beidemal sei vielmehr das Eigentumsrecht um die Besitzbefugnis gemindert und darum die Vindikation des Eigentümers gegen den Besitzer gleichermaßen ausgeschlossen: Die Ausschaltung der Vindikation müsse dogmatisch stets als eine Veränderung, nämlich als Belastung des Eigentums verstanden werden; Ausübungsüberlassung sei konstitutive Rechtsübertragung im Innenverhältnis. Dabei wird jedoch daran festgehalten, daß wie das dingliche Recht zum Besitz mit dem beschränkt dinglichen Recht des Besitzers, so auch das persönliche Recht zum Besitz, also das Besitzrecht des Mieters, Pächters, Verwahrers oder Entleihers, mit der Vollgültigkeit der Schuldverbindung zwischen Eigentümer und Besitzer bzw. Eigentümer, Zwischenmann und Besitzer steht und fällt.

Auf dem Boden dieser Ansicht kann die Entstehung auch eines nur persönlichen Drittbesitzrechts wieder nicht anders als mit einer Verfügung des Eigentümers über sein Recht erklärt werden. Eine sol-

296) aaO. 335.

297) Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen (oben Seite 21 Note 42), insbes. 87 ff.

che Verfügung wird hier aber nicht in der Übergabe der Sache, sondern schon im Abschluß des zur Überlassung und Belassung der Sachherrschaft verpflichtenden Schuldvertrages gesehen. Die Entstehung des Besitzrechts soll jedoch, was insoweit praktisch auf die klassische Auffassung zurückführt, erst mit der tatsächlichen Ergreifung des Besitzes durch den Gläubiger vollendet sein[298].

ee) Keine der angeführten Erklärungen ist allgemeine Überzeugung geworden. Herrschende Ansicht ist heute aber ihre meist unter dem Namen der "Einwendungstheorie" laufende gemeinsame Folgerung: Wenn und solange dem Besitzer ein persönliches oder dingliches "Recht zum Besitz" nach § 986 Abs. 1 BGB zusteht, ist die Vindikation nicht nur gehemmt, wie dies die "Einredetheorie" behauptet[299]. Unter dieser Voraussetzung ist die Vindikation vielmehr ganz ausgeschlossen[300], eine Inkongruenz mit § 1004 Abs. 2 BGB also in Wahrheit nicht gegeben[301].

Überwiegen dürfte dabei wohl immer noch der Gedanke, ein solches Recht zum Besitz schiebe die Fälligkeit der Vindikation hinaus[302]. Das kann freilich nicht befriedigen, da man sonst von späterer Fälligkeit gerade dort spricht, wo der Anspruch als solcher schon entstanden und nur noch nicht durchsetzbar ist. So wird auch tatsächlich eingeräumt, "virtuell" wenigstens sei die Vindikation selbst vor Fälligkeit schon vorhanden[303]. Konsequenter erscheint demgegenüber die Annahme, daß die Vindikation des Eigentümers mit dem Wegfall des Besitzrechts des Besitzers erst wieder neu entsteht.

---

298) aaO 106 ff., 116 ff.

299) So auch heute noch Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 226 FN. 6 und RGRK-Johannsen, 10 zu § 986.

300) Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 IV 1 a und dort FN. 15; Westermann, Sachenrecht § 30 I 2; Baur, Sachenrecht § 11 B I 1; Heck, Sachenrecht § 66, 11; Dietz, Anspruchskonkurrenz 183 FN. 5; Staudinger-Berg, 1 zu § 986; Soergel-Siebert-Mühl, 2 zu § 986. Auch BGHZ 34, 122 (124) hebt darauf ab, ob der Anspruch aus § 985 "ausgeschlossen" sei oder nicht.

301) Folgt man statt dessen der "Einredetheorie", ist man zur Vermeidung dieser Inkongruenz genötigt, auch in § 1004 Abs. 2 BGB die Anerkennung einer Einrede zu finden. So ausdrücklich Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 226 FN. 6.

302) Vgl. etwa Dietz, Anspruchskonkurrenz 183 FN. 5 und 188.

303) So Dietz aaO 183; vgl. auch aaO 186.

Bei diesem Stand der Dinge kommt es umso entschiedener auf den eigentlichen Kern der Problematik an: Wo sich der Besitzer dem Eigentümer gegenüber von Rechts wegen in der Herrschaftsmacht über die Sache behaupten kann, ist offenbar um eine inhaltliche Veränderung des Eigentumsrechts unabhängig davon nicht herumzukommen, ob der Besitzer dinglich oder nur persönlich zum Besitz berechtigt ist.

c) Mit dieser Entwicklung hat anfänglich eine sie sachlich ergänzende andere nicht ganz Schritt gehalten. Heute freilich liegt auch sie in ihrer Zielrichtung nicht weniger deutlich zutage. Damit ist die schon seit langem feststellbare Tendenz der Dogmatik gemeint, auch die Stellung des nur persönlich "besitzberechtigten" Besitzers gegenüber dem Eigentümer zu einem selbständigen subjektiven Herrschaftsrecht an der Sache auszubilden. Dies geschieht, wie schon berührt, in der Weise, daß man auch bei einem solchen nur persönlichen Besitzrecht dem Besitzer eben diejenigen Befugnisse zuspricht, die als bei der Entstehung des Besitzrechts aus dem Recht des Eigentümers zeitweilig ausgegliedert betrachtet werden.

aa) In Anbetracht der Durchschlagskraft, welche die klassische Doktrin dem Eigentumsrecht in jeder Lage zuzumessen bereit war, mußte es zunächst schwer fallen, das umfassende Herrschaftsrecht des Eigentümers an der Sache und die tatsächliche Herrschaftsmacht eines Dritten über die Sache bei "berechtigtem" Besitz einheitlich dadurch miteinander rechtlich zu vereinbaren, daß auch dem Besitzer ein eigenes Herrschaftsrecht an derselben Sache eingeräumt wird. So setzt Raape[304]) einer Verselbständigung des "Besitzrechts" als solchen zu einem eigenen subjektiven Recht des Dritten noch die Ansicht entgegen, das Recht zum Besitz berühre ausschließlich die Vindikation; seine Bedeutung soll allein darin bestehen, daß es die Vindikation zurückdrängt. Dabei bleibt es bei der hergebrachten Auffassung von einer schlichten Befugnis des Besitzers, die ihm ein beschränkt dingliches Sachherrschaftsrecht oder, wie vor allem an der Miete dargelegt, ein Schuldverhältnis dem Eigentümer gegenüber gewährt. Inso-

304) Oben Note 290.

weit freilich unterscheiden sich persönliches und dingliches Besitzrecht voneinander nicht.

bb) Auch Leis[305] ist von dem Gedanken geleitet, mit dem "Recht zum Besitz" des Besitzers gebe es nicht mehr als die Zurückdrängung der Vindikation des Eigentümers zu erklären. Diese Erklärung könne nicht eine Deutung des persönlichen oder dinglichen Rechts des Dritten zum Besitz als selbständiges subjektives Recht liefern. Die Neigung der älteren Dogmatik zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Rechtsstellungen zu subjektiven Rechten zu verfestigen, führe hier in die falsche Richtung. Es gehe vielmehr nur um eine Einschränkung der Rechtsstellung des Eigentümers. Nicht auf eine Fortbildung des Rechts zum Besitz zu einem abstrakten, von einem Schuldverhältnis losgelösten Recht komme es an. Entscheidend sei umgekehrt die Bindung des Eigentumsrechts durch eine Schuldbeziehung zwischen Eigentümer und Besitzer. So wenig wie ein neben dem Pfandrecht oder Nießbrauchsrecht des Besitzers stehendes subjektives Recht zum Besitz die Vindikation ausschließe, so wenig tue dies ein solches Recht des Mieters oder Verwahrers. Auch insoweit sei es kein subjektives Besitzrecht des Dritten, das die Vindikation nicht zulasse, sondern das den Besitz rechtfertigende Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer. Wo der Besitzer darüber hinaus ein vom Recht des Eigentümers abgespaltenes, beschränkt dingliches Herrschaftsrecht an der Sache habe, berühre dies nur das Verhältnis zu Dritten. Dem Eigentümer gegenüber sollen sich jedoch dingliches und persönliches Besitzrecht in ihrer Wirkung nicht unterscheiden.

cc) Anders hingegen bereits Margarethe Scherk[306], bei der sich das "Recht zum Besitz" erstmals als selbständiges subjektives Recht konzipiert findet.

Sie betrachtet schon das Eigentumsrecht als subjektives Recht zum Besitz. Dementsprechend soll das, wie wir schon gesehen haben,

305) Oben Note 292.
306) Oben Note 295.

nach ihrer Anschauung aus dem Eigentumsrecht herausgespaltene dingliche oder persönliche Besitzrecht eines dritten Besitzers auch wieder ein selbständiges, eigenes subjektives Recht sein. Die bei dinglichem und persönlichem "Besitzrecht" des Dritten einheitlich angenommene Minderung des Eigentumsrechts gibt also gerade Veranlassung, dieses Besitzrecht des Dritten als solches gleichfalls durchgängig als echtes subjektives Recht zu deuten. Gewiß steht auch hier noch die Zurückdrängung der Vindikation ganz im Vordergrund der Betrachtung. Aber es ist nicht mehr eine dem Besitzer von einem Schuldverhältnis oder einem beschränkt dinglichen Sachherrschaftsrecht gewährte schlichte Befugnis, welche die Vindikation des Eigentümers ausschließt. Ob Nießbraucher oder Pfandgläubiger, ob Mieter, Entleiher oder Verwahrer, Recht des Dritten zum Besitz ist vielmehr ein aus dem Recht des Eigentümers abgeleitetes Herrschaftsrecht an derselben Sache, das dem Eigentumsrecht selbständig gegenübertritt und darum die Vindikation entfallen läßt. Das damit aufgeworfene Kollisionsproblem wird gesehen und gelöst: Zwar ist das Recht zum Besitz eines jeden von beiden subjektives Herrschaftsrecht an der gleichen Sache. Während das Recht des dritten Besitzers aber Recht zum unmittelbaren Besitz ist, bildet für dessen Dauer das Recht des Eigentümers grundsätzlich nur noch ein Recht zum mittelbaren Besitz[307].

Davon abgesehen bleibt es jedoch auch nach dieser Ansicht bei der Abhängigkeit des persönlichen Besitzrechts vom Bestand einer Eigentümer und Besitzer verbindenden Schuldbeziehung, und des dinglichen Besitzrechts vom Bestand nicht einer solchen Schuldbeziehung, aber eines dinglichen Rechts des Dritten an der Sache. Aber wenn sich persönliches und dingliches Besitzrecht auch dadurch unterscheiden, daß dem ersteren bei seiner Verletzung ein Drittschutz fehlt, soll jedenfalls im Verhältnis zum Eigentümer das Besitzrecht doch beidemal gleich ausgestaltet sein.

---

307) JhJ 67, 312, 317, 324 und öfter. Dabei sollen sich "unmittelbares" und "mittelbares" Recht zum Besitz entsprechend zueinander verhalten wie "unmittelbarer" Besitz nach §§ 854 ff. BGB und "mittelbarer" Besitz nach § 868 BGB.

dd) An sich schien man damit einer einheitlichen Deutung für das rechtlich gesicherte Nebeneinander von umfassendem Herrschaftsrecht des Eigentümers an der Sache und tatsächlicher Herrschaftsmacht des Besitzers über die Sache zumindest schon sehr nahe zu sein. Die Verallgemeinerung des Gedankens einer "qualitativen Teilung" des Eigentumsrechts[308] versprach, den Schlüssel zu liefern. Aber völlig überzeugen konnte die vorgeschlagene Lösung, jedenfalls in dieser Form, noch nicht. Man hat vielmehr eingewandt, daß wer durchgängig auf eine Abspaltung von Eigentumsbefugnissen abhebe, die Wirkung wenigstens des nur persönlichen Drittbesitzrechts überschätze. Es sei nicht einzusehen, daß das auf einer Schuldbeziehung zum Eigentümer beruhende persönliche Besitzrecht des Dritten als nur relatives Recht die Kraft haben solle, das von einer Schuldbeziehung unabhängige, absolute Eigentumsrecht zu beschränken[309].

Hierauf eine Antwort zu geben ist Diederichsen[310] bemüht, der denselben Gedanken wieder aufgegriffen und weiter fortgeführt hat. Mit der Vorstellung, nicht nur das dingliche, sondern auch das persönliche "Besitzrecht" des Dritten sei ein aus dem Recht des Eigentümers herausgespaltenes subjektives Herrschaftsrecht an der Sache, wird zunächst einmal die grundsätzliche innere Gleichartigkeit aller Besitzrechte behauptet: Überall entsteht ein aus dem Eigentum als dem ursprünglichen subjektiven Besitzrecht abgeleitetes, selbständiges und eigenes subjektives Sachherrschaftsrecht des Besitzers. Ist dabei auch die Rede von der Funktion dieses Besitzrechts, die Vindikation zurückzudrängen, liegt das Schwergewicht nun doch nicht mehr so sehr auf der damit verbundenen Veränderung des Eigentumsrechts. Was weit mehr interessiert, ist die Struktur des dem dritten Besitzer zustehenden Rechts zum Besitz. Das dingliche Besitzrecht soll mit dem einzelnen sachenrechtlichen Typus des besitzverbundenen, beschränkt dinglichen Sachherrschaftsrechts des Dritten in eins fallen. Nicht aber diesem absoluten, von

308) So mit dem Ausdruck von v. Tuhr, Allgemeiner Teil II 1 § 45 II (63) (oben Note 287).
309) Raiser, Festschrift Wolff 127, 136/7.
310) Oben Note 297.

einer Schuldbeziehung zwischen Eigentümer und Besitzer unabhängigen dinglichen Besitzrecht, sondern dem persönlichen, auf einer solchen Schuldbeziehung fußenden Besitzrecht gilt die eigentliche Aufmerksamkeit: Auch das persönliche Besitzrecht sei nach der Art des dinglichen Besitzrechts zu konstruieren. Das Besitzrecht des Mieters oder Verwahrers gewähre keine andere Sachherrschaft als diejenige des Pfandgläubigers oder Nießbrauchers. Ebenso wie beim dinglichen Besitzrecht sei es auch beim persönlichen Besitzrecht des Dritten nicht dessen Schuldbeziehung zum Eigentümer, sondern das Besitzrecht als solches, welches das Eigentumsrecht an seiner vollen Entfaltung hindere. Eine Einschränkung des Rechts des Eigentümers lasse sich immer nur durch ein Herrschaftsrecht eines Dritten an derselben Sache erklären, und dem tue auch das nur persönliche Drittbesitzrecht genüge. Im übrigen wird das Kollisionsproblem auch hier wieder grundsätzlich mit einer inhaltlichen Abstufung der beiden Rechte gelöst: Das Drittbesitzrecht berechtigt zum unmittelbaren, das Eigentumsrecht nur noch zum mittelbaren Besitz[311].

Dennoch werden strukturelle Unterschiede zwischen persönlichem und dinglichem Besitzrecht nicht vollständig geleugnet: Da über eine Schuldbeziehung vermittelt, stelle das persönliche Besitzrecht ein nur mittelbares Herrschaftsrecht an der Sache dar. Das an kein Schuldverhältnis gebundene, absolut wirkende dingliche Besitzrecht dagegen sei unmittelbares Sachherrschaftsrecht. Aus der hierauf zurückgeführten verschieden starken Intensität der Sachherrschaft soll wiederum zu erklären sein, daß dem persönlichen Besitzrecht im Gegensatz zum dinglichen ein Schutz bei Verletzung von dritter Seite fehlt. Obschon gleichfalls Herrschaftsrecht an der Sache, sei das persönliche Besitzrecht mit der Beschränkung seiner Wirkung auf die Partner des Schuldverhältnisses doch nur ein relatives Recht, sei die Sache dem Besitzberechtigten nur im Verhältnis zum Eigentümer zugeordnet[312]. Somit ergebe sich ein eigengearteter Zwischentypus des subjektiven Rechts, der Elemente des Sachenrechts und des Schuldrechts gleichermaßen in sich vereinigt, "ein dingliches

311) Recht zum Besitz 98/9.
312) aaO 93.

Recht ohne absoluten Schutz oder genauer ein relatives Herrschaftsrecht über eine Sache"[313].

aa) Die hier beschriebenen Versuche, auch das nur persönliche "Recht zum Besitz" eines Besitzers gegenüber dem Eigentümer dogmatisch zu einem eigenen subjektiven Herrschaftsrecht an der Sache auszumünzen, haben sich freilich bis heute noch nicht in endgültig gefestigten oder auch nur breiterer Zustimmung sicheren Ergebnissen niedergeschlagen. Immerhin ist die Lehre vom "relativen Herrschaftsrecht" auf beachtliche Unterstützung gestoßen[314].

Wie sehr aber auch darüber hinaus die Entwicklung drängt, für die Zweiung von umfassendem Herrschaftsrecht und berechtigter tatsächlicher Herrschaftsmacht eine einheitliche Lösung auszubilden, zeigt eine entsprechende Ausdehnung des Drittschutzes bei der Verletzung des Drittbesitzrechts: Nach moderner Auffassung ist der mit dem bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruch nach § 812 Abs.1 Satz 1 Fall 2 BGB und dem deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB gewährleistete Drittschutz auch dem nur persönlich besitzberechtigten Besitzer zuzugestehen[315]. Die Frage der Übertragung des Drittbesitzrechts als solchen hat dagegen bisher noch wenig Beachtung gefunden.

Die Ausdehnung des ursprünglich nur dem dinglich besitzberechtigten Besitzer kraft seines beschränkt dinglichen Sachherrschaftsrechts eröffneten Schutzes hat wieder nicht wenig zu der die Bildung gesicherter Überzeugungen empfindlich störenden Unschär-

313) aaO 95.
314) Larenz, Allgemeiner Teil § 19 I 3.
315) Für den Schutz des Rechts zum Besitz nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB vor allem: Wilburg, Bereicherung S. 40; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 349 ff. 59; Enneccerus, Schuldrecht § 99 IV 2; dem Sinne nach auch Baur, Sachenrecht § 2 V 2.
Für einen entsprechenden Schutz des Rechts zum Besitz nach § 823 Abs. 1 BGB namentlich: Bulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte (1951) 15 ff.; v. Caemmerer, Festschr. Juristentag II 81 ff.; Larenz, Schuldrecht II § 63 IV (149), 66 I a (410); Enneccerus aaO § 103 I 5 a; Niederländer, Recht zum Besitz 64 ff.; dem Sinne nach auch Baur aaO § 5 V 1 und Medicus, Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz, AcP 165 (1965) 115 (116 ff., 136/7, 148).

fe beigetragen, mit welcher der Begriff der Dinglichkeit auch heute noch oder gerade heute wieder verwendet wird. So spricht man in diesem Zusammenhang in einer allerdings nur sehr äußerlich gebliebenen Anlehnung an die bekannte Studie von Dulckeit[316] schon fast schlagwortheft von einer "Verdinglichung" relativer oder obligatorischer Rechte zu absoluten Rechten durch die Einräumung des Besitzes[317]. Was aber eine derartige Verdinglichung eigentlich zu bedeuten hat, bleibt dabei einigermaßen dunkel. Denn fragt man nach dem exakten Sinngehalt des hier schon vorausgesetzten Dinglichkeitsbegriffs, wird man letztlich doch mehr oder weniger im Stich gelassen.

d) Endlich ist die klassische Doktrin vor allem auch insofern nicht unkritisiert geblieben, als sie den nicht "zum Besitz berechtigten" Besitzer sowohl der Vindikation als auch, in freier Konkurrenz zu dieser, den sonstigen "vertraglichen" oder "gesetzlichen" Herausgabeansprüchen des Eigentümers aussetzt. Hier steht vor allem die Gruppe derjenigen Fälle im Blickfeld, wo nach den herkömmlich an ein Recht zum Besitz gestellten Anforderungen der Besitzer zunächst zwar persönlich oder sogar dinglich "berechtigter" Besitzer war, nach deren Wegfall jedoch fortan als "nicht mehr berechtigter" Besitzer gelten muß. Dabei geht das Bestreben dahin, die Vindikation nach § 985 BGB gegenüber einem Herausgabeanspruch auszuschalten, wie er bei der Auflösung eines Schuldverhältnisses oder beim Erlöschen eines beschränkt dinglichen Sachherrschaftsrechts erhoben werden kann (§§ 346, 556, 581 Abs. 2, 604, 695, 1055, 1223 BGB). Auf diese Weise sollen namentlich die durch eine Überlagerung der jeweiligen Neben- und Folgeansprüche der verschiedenen Herausgabeansprüche heraufbeschworenen Schwierigkeiten aus dem Wege geräumt werden. Sol-

316) Vorige Note.
317) Vgl. etwa Larenz, Schuldrecht II § 44 IV (149/50); Baur, Sachenrecht § 6 II 1. Mit eingehender kritischer Auseinandersetzung Diederichsen, Recht zum Besitz 59 ff., 68 ff., 74 ff., der aber gleichwohl diesen Gedanken auch selbst wieder verwendet (aaO 159). In gleichem Sinne spricht Westermann, Sachenrecht § 30 II 3 d von einer Verabsolutierung des mit Besitz verbundenen schuldrechtlichen Rechts.

che Komplikationen ergeben sich insbesondere durch eine Abschwächung des Haftungsmaßstabs, etwa für den Verleiher oder den unentgeltlichen Verwahrer (§§ 599, 690 BGB), und die Verkürzung der Verjährungsfristen (§§ 558, 581 Abs.2, 606, 1057, 1226 BGB) im Bereich der sonstigen Haftung. Denn dadurch steht zu dieser Haftung eine gleichlaufende Vindikationshaftung in deutlichem Widerspruch.

aa) Schon im gleichen Jahre 1903, in dem Martin Wolffs Arbeit über das Recht zum Besitz erschienen war, hat Siber einen ersten Vorstoß in dieser Richtung unternommen[318]. Er hat seine Auffassung dann kurz darauf noch weiter ausgebaut[319] und das einmal gesteckte Ziel auch später nicht mehr aus den Augen gelassen[320].

Sein Anknüpfungspunkt waren Untersuchungen zum römischen Recht, die ihn auch wieder für das Bürgerliche Gesetzbuch die Frage nach dem richtigen Anwendungsbereich der Vindikation auf erfen ließen. Dabei geht er diese Frage weder von einer Veränderung des Rechts des Eigentümers noch von einer Verselbständigung des Besitzrechts des Besitzers an. Er versteht sie vielmehr als das Problem des Verhältnisses der verschiedenen denkbaren Herausgabeansprüche zueinander. Kern seiner These ist, daß die Vindikation nur dort gegen den Besitzer gerichtet sei, wo dem Eigentümer nicht aus einer spezielleren Rechtsbeziehung ein besonderer Rückabwicklungsanspruch zu Gebot stehe. Wo der Eigentümer hingegen seine Sache vermietet, verpachtet, verliehen, zu Nießbrauch gegeben oder verpfändet hat, werde die Vindikation als an sich inhaltsgleicher, aber farbloserer und schwächerer allgemeiner Herausgabeanspruch von dem genauer individualisierten besonderen Rückabwicklungsanspruch (§§ 556, 581 Abs. 2, 604, 1055, 1223 BGB) verdrängt. Zuletzt ist Siber freilich von dieser selbst als zu einseitig formallogisch empfundenen Begründung mit dem Eingeständnis ab-

318) Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht (1903) 125 ff.

319) Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz (1907) 227 ff.

320) Eigentumsanspruch und schuldrechtliche Herausgabeansprüche vom Standpunkte der Rechtsneuordnung, JhJ 89 (1941) 1 ff., insbes. 64 ff., 75 ff.

gerückt, sie trage dem Zweckgedanken nicht genügend Rechnung. Ihr eigentlicher Sinn sei jedoch von Anbeginn darin zu suchen gewesen, daß weitaus in den meisten Fällen der Gläubiger des besonderen Rückabwicklungsanspruchs gegen den Besitzer mit dem Eigentümer identisch sei und die besondere Rückabwicklungshaftung den Umständen des Falles besser gerecht werde als die von solchen Umständen absehende Vindikationshaftung[321]. Als Beleg dieser Auffassung dient die schon erwähnte Divergenz der Neben- und Folgeansprüche der Vindikation und der besonderen Rückabwicklungsansprüche, die eine "Wahlkonkurrenz" zwischen beiden Formen der Haftung unerträglich mache.

In den Kategorien der überkommenen Anschauung ausgedrückt läuft diese Auffassung darauf hinaus, daß die Vindikationshaftung überhaupt nur im Verhältnis zwischen dem Eigentümer und einem schon von vornherein nichtberechtigten Besitzer angebracht ist. Dagegen ist sie nicht nur bei berechtigtem Besitz, sondern auch dort ausgeschlossen, wo der Besitzer nicht mehr zum Besitz berechtigt ist. Für Siber selbst war dieses Ergebnis, wie schon gesagt, keine Frage der Tragweite des Rechts zum Besitz, mag im übrigen auch gerade er schon von Anbeginn immer wieder hervorgehoben haben, daß die Vindikation und ihre Begleitansprüche auf einen berechtigten Besitzer nicht passen[322]. Für ihn ging es vielmehr um die Folgerung, daß der besondere Rückabwicklungsanspruch die Vindikation verdrängt: Nicht erst das Besitzrecht des Besitzers, sondern schon der speziellere Herausgabeanspruch des Eigentümers läßt die Vindikation nicht zu. In dieser Spezialität des besonderen Rückabwicklungsanspruchs geht der Besitzrechtstatbestand materiell auf. Davon unterschieden wird der Anwendungsbereich der Vorschrift des § 986 Abs. 1 BGB, der nur noch so weit reichen soll, als hiernach für die Vindikation des

321) aaO 6, 85 ff.

322) Rechtszwang 119 ff. Sein seither überall aufgegriffenes Argument aus dem Gesetzeswortlaut ist, daß die Unterscheidung von redlichem und unredlichem Besitzer in §§ 987 ff. BGB nur dort Sinn hat, wo es an einem Recht zum Besitz fehlt; so etwa auch BGHZ 27, 320.

§ 985 BGB überhaupt ein Anwendungsfeld verbleibt[323].

Siber hat sich nicht durchsetzen können. Die insbesondere von Oertmann[324] verteidigte herrschende Auffassung mochte sich mit dieser die Vindikation stark entwertenden Verteilung der Gewichte nicht abfinden. Allerdings mußte sie damit auch die Konkurrenz der verschiedenen Herausgabeansprüche des Eigentümers gegen einen "nicht mehr berechtigten" Besitzer als unausweichlich ansehen und deren störende Konsequenzen in Kauf nehmen.

bb) Die Notwendigkeit, hier dennoch zu einer Bereinigung der mit der Häufung gleichlaufender Ansprüche heraufbeschworenen Überschneidungen zu gelangen, konnte indes nicht übersehen werden. In neuerer Zeit hat nun Raiser[325] noch einmal eine Lösung dieser Frage aufzuzeigen versucht. Dabei gibt er der Diskussion insofern eine neue Wendung, als er unmittelbar auf die von ihm wieder vollständig im Anwendungsbereich von § 986 Abs. 1 BGB entwickelte Besitzrechtslage abhebt, unter deren Voraussetzungen die Vindikation und mit ihr auch ihre Neben- und Folgeansprüche als ausgeschlossen zu betrachten sind[326]. Aber er weiß diesen Ausgangspunkt mit dem von Siber vorgezeichneten Ergebnis zu verbinden.

Wenn Raiser den von Siber im Verhältnis der denkbaren Herausgabeansprüche des Eigentümers gegen den Besitzer gewählten Ansatz nicht ebenfalls übernimmt, so deshalb, weil er diesen Ansatz eher ästhetisch als praktisch konzipiert empfindet. Dem in ihm zum Aus-

323) Dazu insbesondere Passivlegitimation 238 ff. Auch nach JhJ 89, 1 ff., insbes. 115 sollen sich gleichermaßen ein besonderer Rückabwicklungsanspruch des Eigentümers und ein Besitzrecht des Besitzers im Sinne von § 986 Abs. 1 BGB der Vindikation entgegensetzen lassen.

324) Dingliche und persönliche Herausgabeansprüche, JhJ 61 (1912) 44 ff.

325) Festschr. Wolff 123 ff., insbes. 134 ff. (oben Note 292 und 305). Weiter: Verwendungsansprüche des Verkunternehmers, JZ 1958, 681 ff, insbes. 684; JZ 1961, 529 ff., insbes. 532; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 I 2, IV 1 a sowie dort Anm. 3 und 16.

326) Festschr. Wolff 139/40; JZ 1958, 684 f., JZ 1961, 529 ff; Wolff-Raiser, Sachenrecht §§ 84 IV 1, 85 I 1.

druck kommenden Gedanken der Anspruchsökonomie mißt er als solchem keine tragende Kraft zu[327]. Sein eigener Zugang führt ihn vielmehr, insoweit anderen Vorbildern folgend, zur Annahme einer materiellen Einschränkung der Rechtsstellung des Eigentümers gegenüber einem "berechtigten" Besitzer. Wie wir gesehen haben, folgert er eine solche Einschränkung bereits aus einer durch Übergabe der Sache ausgeführten, den Eigentümer mit dem Besitzer verbindenden Schuldbeziehung, mag dem darüber hinaus noch die Bestellung eines beschränkt dinglichen Drittrechts an der Sache zugrunde liegen oder nicht[328]. Dieses funktionelle Zusammenspiel von Eigentümerstellung und Schuldverhältnis läßt den Besitzer auch dann noch als "berechtigten" Besitzer erscheinen, wenn er im Sinne der herrschenden Ansicht schon "nicht mehr zum Besitz berechtigt" ist[329]. Denn die vom Eigentümer etwa durch einen Miet- oder Verwahrungsvertrag eingegangene, die Eigentümerstellung selbst modifizierende Bindung gegenüber einem persönlich berechtigten Besitzer müsse auch dann weiter durchgehalten werden, wenn das zunächst vollwirksame Schuldverhältnis später durch seine Auflösung in ein "Abwicklungsverhältnis" übergegangen sei. Ebenso gegenüber einem dinglich besitzberechtigten Dritten wie dem Nießbraucher oder Pfandgläubiger: Dieselbe Wirkung wird einem das beschränkt dingliche Sachherrschaftsrecht dieses Besitzers begleitenden Schuldverhältnis mit dem Eigentümer auch dann noch zugeschrieben, wenn es mit dem späteren Erlöschen des Rechts aufgelöst worden und gleichfalls wieder in ein "Abwicklungsverhältnis" umgeschlagen ist. Darum sei beidemal auch dann keine Vindikation, sondern ausschließlich ein in dem umgewandelten Schuldverhältnis wurzelnder Rückabwicklungsanspruch (§§ 556, 695, 1055, 1223 BGB) des Eigentümers gegen den Besitzer vorhanden[330].

---

327) Festschr. Wolff 130, 136, 139.
328) AaO 138/9; oben zu Note 292 bis 294 und 305.
329) AaO 140 spricht Raiser zwar noch von einem Erlöschen des "Besitzrechts". Später hat er aber betont, daß auch nach der Beendigung eines Besitzüberlassungsvertrages kein unrechtmäßiger Besitz entstehe; so JZ 1958, 684.
330) Festschr. Wolff 139, 140; JZ 1961, 531; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 I 2.

Für die Vindikation gegen den Besitzer bleiben dagegen die Fälle übrig, wo es an einem die Stellung des Eigentümers umgestaltenden wirksamen Schuldverhältnis von Anbeginn fehlt[331].

Was mit dieser Begründung bei Raiser den Namen einer "Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen"[332] führt, hat wieder die schon von Siber erreichte Vereinfachung zur Folge: Der Besitzer kann nur von vornherein "berechtigter" oder "nichtberechtigter" Besitzer sein. Je nachdem wird sein Verhältnis zum Eigentümer von vornherein und ein für allemal entweder von der Haftung mit dem besonderen Rückabwicklungsanspruch oder aber von der Vindikationshaftung beherrscht.

Mit Raiser darf heute als geklärt betrachtet werden, daß man den sachgerechten Anwendungsbereich der Vindikationshaftung nicht nach einem möglichen Zusammentreffen von Vindikation und sonstigem Herausgabeanspruch einschließlich der jeweiligen Neben- und Folgeansprüche abstecken kann, sondern ihn von der Besitzrechtslage her ermitteln muß: Ist der Besitzer nach § 986 Abs. 1 BGB zum Besitz berechtigt, ist in seinem Verhältnis zum Eigentümer für die Vindikation und ihre Begleitansprüche kein Raum[333]. Auch die Rechtsprechung, die ursprünglich nicht zwischen berechtigtem und nichtberechtigtem Besitz unterschieden, sondern auf die Tragweite der einzelnen in Betracht kommenden Ansprüche abgehoben und diese gegeneinander abgewogen hatte[334], ist dem inzwischen gefolgt[335].

331) Festschr. Wolff 140; JZ 1958, 684.
332) So insbesondere JZ 1961, 529 ff.
333) Westermann, Sachenrecht §§ 31 I 1, 32 I; Baur, Sachenrecht § 11 B I 1; Dietz, Anspruchskonkurrenz 181 ff., 185 ff.; Staudinger-Berg, 2 vor §§ 987 ff.; Soergel-Siebert-Mühl, 11 vor § 987; h.L. Anders nur Dimopoulos-Vosikis, Die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987 - 1003 BGB (1966) 269 ff.: Die so gewonnene Einschränkung der Vindikationshaftung soll sich nicht mit seiner These vertragen, daß die §§ 987 ff. BGB "nicht Ansprüche aus dem Eigentum, sondern bereicherungs- und deliktsrechtliche Vorschriften wie die §§ 812 ff., 823 ff. BGB auch" sind.
334) RGZ 106, 149 ff.; 142, 417 ff.; 157, 130 ff.; 163, 348 ff.; BGH JZ 1951, 716.
335) BGHZ 27, 317 (320 ff.); 31, 129 (132); 34, 122 (128/9); 41, 157 (159).

cc) Damit wird nun zur Schlüsselfrage, unter welchen Voraussetzungen man von einer solchen Besitzrechtslage sprechen kann. Gerade hier aber sind die Dinge schon seit langem in Bewegung geraten und noch immer stark im Fluß: Wir brauchen uns nur wieder vergegenwärtigen, daß sich der hinter den Besitzrechtsstatbestand stehende, tiefgreifende Anschauungswandel bezüglich der Stellung des Eigentümers und des Besitzers noch immer nicht hat zu gefestigten dogmatischen Einsichten verdichten können.

Von allgemeinem Konsens getragen ist die Auslegung des § 986 Abs. 1 BGB jedenfalls noch immer in dem von der klassischen Doktrin gezogenen Bereich: Liegt eine vollwirksame Schuldbeziehung zwischen Eigentümer und Besitzer vor, ist ein persönliches Drittbesitzrecht gegeben. Ist dem Besitzer ein typengebundenes, beschränkt dingliches Herrschaftsrecht an der Sache gültig bestellt worden, steht ihm ein dingliches Drittbesitzrecht zu. "Berechtigter" Besitzer ist daher der auf Grund eines gültigen Schuldvertrages in den Besitz eingewiesene Mieter und der durch die wirksame Bestellung eines Pfandrechts an der Sache in den Besitz gelangte Pfandgläubiger unbestritten zumindest so lange, als die vereinbarte Mietzeit noch läuft bzw. das Pfandrecht noch besteht. Wenigstens so lange also ist die Vindikationshaftung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis in ihrer Gesamtheit ausgeschlossen.

Die noch immer herrschende und auch vom Bundesgerichtshof mit Entschiedenheit verteidigte Lehre will hierüber nicht hinausgehen: Wird die Schuldbeziehung zwischen Eigentümer und Besitzer nachträglich wieder aufgelöst oder erlischt das beschränkt dingliche Sachherrschaftsrecht später wieder, wird also etwa dem Mieter gekündigt oder dem Pfandgläubiger die gesicherte Schuld bezahlt, sollen die Vindikation und ihre Neben- und Folgeansprüche wieder voll aufleben[336].

336) So etwa: Westermann, Sachenrecht § 30 I 2 und 4; Scherk JhJ 67, 359 ff.; Raape JhJ 71, 156 ff.; Dietz, Anspruchskonkurrenz 181 ff., 189 ff.; Diederichsen, Recht zum Besitz 153 ff.; Larenz, Allgemeiner Teil § 20 IV 4 (273) und Schuldrecht II § 49 III e (243 FN.1); Staudinger-Berg, 1 a zu § 985, 6 vor §§ 987 ff.; RGRK-Johamsen, 3 zu § 985.
Ebenso mit Entschiedenheit BGHZ 34,122 ff. Dabei geht der Bundesgerichtshof (aaO 131/2) sogar so weit, die Besitzrechtswirkungen rückwirkend wieder zu beseitigen; zustimmend etwa Larenz aaO. Dagegen vor allem Schönfeld, Verwendungsansprüche des Werkunternehmers bei Unwirksamkeit des Werkvertrages, JZ 1959,301 (304); Baur, Sachenrecht § 11 B I 2.

Ob man dabei von einer bis dahin nur "an sich" vorhandenen und nunmehr fällig gewordenen oder aber von einer jetzt erst zur Entstehung gelangten Vindikation auszugehen hat, ist gleichgültig. Jedenfalls tritt die Vindikation mit ihren Begleitfolgen von nun an neben den mit eigenen Neben- und Folgeansprüchen verbundenen besonderen Rückabwicklungsanspruch, der gleichfalls jetzt entstanden oder doch fällig geworden ist[337]. Damit aber werden auch wieder die Überschneidungen der unterschiedlichen Haftungsregelungen problematisch.

Demgegenüber gewinnt allerdings in der Nachfolge Raisers die Auffassung zusehends an Boden, daß auch nach der Auflösung des Schuldverhältnisses und nach dem Erlöschen des beschränkt dinglichen Sachherrschaftsrechts des Besitzers die Vindikation des Eigentümers mit ihren Begleitansprüchen weiterhin ausgeschlossen bleibt. Die Haftung soll sich also auch jetzt noch allein nach dem besonderen Rückabwicklungsanspruch und seinen Neben- und Folgeansprüchen bestimmen[338]. Mag dabei auch die von Raiser gegebene Begründung nicht unbedingt geteilt werden, im Ergebnis jedenfalls läuft dies darauf hinaus, daß man den Mieter auch nach der Kündigung des Vertrages und den Pfandgläubiger auch nach seiner Befriedigung weiterhin noch so lange als im Sinne von § 986 Abs. 1 BGB "zum Besitz berechtigt" erachten muß, bis er die Sache dem Eigentümer wieder zurückgegeben hat. Oder anders gewendet, es wird kein "nicht mehr berechtigter" Besitz mehr anerkannt.

Hat man nur erst bewußt die Schranken für den Anwendungsbereich der Vindikationshaftung von der Auslegung des § 986 Abs. 1 BGB abhängig gemacht, kann man es auch hierbei noch nicht ohne weiteres bewenden lassen. Angesichts der Bedeutung, die Raiser einem

---

337) Über die Zweifelsfrage, ob die bisher "an sich" schon vorhandene Vindikation jetzt fällig wird oder ob die Vindikation jetzt erst entsteht, oben zu Note 302 und 303. Zu der entsprechenden Problematik beim besonderen Rückabwicklungsanspruch und der sich daraus ergebenden Parallele gegenüber der Vindikation etwa Dietz aaO 184, 186/7, 188/9 und BGHZ 34, 123/4.

338) v. Caemmerer, Festschr. Boehmer 154 FN.12; Baur, Sachenrecht § 11 B I 2; Fikentscher, Schuldrecht § 102 V 3; Munich, Untersuchungen zum Verhältnis des Vindikationsanspruchs zu den übrigen Herausgabeansprüchen des bürgerlichen Rechts, Diss. München 1964, insbes. 62/3, 74; Krause, Die Haftung des Besitzers nach den §§ 989-993 BGB(1965)96 ff.; M.Wolf, Die Verwendungsersatzansprüche des Besitzers im Anspruchssystem, AcP 166(1966) 188(210 ff.); Soergel-Siebert- Mühl, 6 vor § 985, 25 zu § 985, 14 vor § 987.

Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer für die Umgestaltung der Stellung des Eigentümers zuspricht, ist es allerdings nur folgerichtig, wenn er ein Recht des Besitzers zum Besitz dann verneint und dementsprechend die Vindikation nach § 985 BGB im Einklang mit der herrschenden Meinung[339] mit einem Bereicherungsanspruch des Eigentümers nach § 812 Abs. 1 BGB konkurrieren läßt, wenn dieses Schuldverhältnis aus irgendeinem Grunde unwirksam oder nichtig ist[340]. Mögen damit nun auch die Haftungsregelungen der §§ 812 ff. BGB auf der einen und der §§ 985, 987 ff. BGB auf der anderen Seite zusammenstoßen und schwierige Fragen aufwerfen, jedenfalls ist demnach die Vindikationshaftung dort nicht zu umgehen, wo es schon von vornherein an einem, wenigstens anfänglich vollwirksamen Schuldverhältnis fehlt. Wohl aber soll nach Raiser, wie darzulegen war, ein zunächst gültiges Schuldverhältnis die Vindikationshaftung auch dann noch unterbinden, wenn es nachträglich in ein "Abwicklungsverhältnis" übergegangen ist. Eine derartige Umwandlung eines bestehenden Schuldverhältnisses mit Wirkung ex nunc nimmt er aber nicht etwa nur für den Fall einer Kündigung, sondern mit der heute wohl schon herrschenden Auffassung auch für den Fall eines Rücktritts vom Vertrag an. Damit ist auch neben dem Rückabwicklungsanspruch nach § 346 BGB keine Vindikation gegeben[341]. Es bleibt jedoch zu bedenken, daß ein Rücktritt nach der immerhin noch keineswegs überwundenen Gegenansicht das Schuldverhältnis, nicht anders als etwa eine Anfechtung, mit Wirkung ex tunc aufhebt. Dann aber läßt sich vollends auch die noch weiter ausgreifende Frage nicht einfach beiseite schieben, ob man dem Besitzer, der die Sache vom Eigentümer übergeben erhalten hat, nicht vielleicht auch bei schon anfänglichem Fehlen eines gültigen Schuldverhältnisses ein Recht zum Besitz zugestehen muß.

---

339) RGZ 170, 257 (259/60); Westermann, Sachenrecht § 30 I 4; Larenz, Allgemeiner Teil § 20 IV 4 (273/4); Staudinger-Berg, 1 a zu § 985; Soergel-Siebert-Mühl, 25 zu § 985.

340) Festschr. Wolff 139, 140; JZ 1958, 684; JZ 1961, 529; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 I 2. Dazu schon oben zu Note 331.

341) Festschr. Wolff 140; JZ 1958, 684; JZ 1961, 531; Wolff-Raiser aaO.

So überrascht denn schließlich nicht völlig, daß man wenigstens vereinzelt auf den Versuch stößt, sogar auch diesen im Sinne der klassischen Anschauung von vornherein nicht berechtigten Besitzer von der Vindikationshaftung auszunehmen: In seiner letzten Auseinandersetzung mit diesen Fragen hat Siber vorgeschlagen, die Vindikation und ihre Begleitansprüche auch hinter der auf der condictio possessionis nach § 812 Abs. 1 BGB aufbauenden Bereicherungshaftung zurücktreten zu lassen[342]. Dabei weist er darauf hin, daß im Falle der nichtigen Übereignung seitens des Berechtigten die Vindikation historisch betrachtet zunächst nur als Notbehelf anstelle der unterentwickelten Besitzkondiktion gedient hat. Die heutige Bevorzugung der Vindikation vor der Besitzkondiktion beruhe nur auf gemeinrechtlicher Gewöhnung[343]. Der nach überkommener Auffassung mit der Vindikation des § 985 BGB zu identifizierende Fundamentalsatz, daß der Eigentümer vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen kann, soll sich also auch dann durchbrechen lassen, wenn bei der zwischen Eigentümer und Besitzer vorgesehenen Übereignung oder Bestellung eines Nießbrauchs Grund- und Vollzugsgeschäft fehlschlagen oder der zwischen ihnen abgeschlossene Pacht- oder Verwahrungsvertrag von Anfang an nicht gültig zustandekommt. Wenigstens hinsichtlich der Neben- und Folgeansprüche der Vindikation nach §§ 987 ff. BGB geht in dieselbe Richtung heute auch v. Caemmerer[344]. Allerdings mit einem sehr bedeutsamen Unterschied: Denn während Siber innerhalb des § 812 Abs. 1 BGB noch keine Differenzierung nach Anspruchstypen vorgenommen hatte, betrachtet v. Caemmerer die Begleitansprüche der Vindikation nur gegenüber der Haftung mit der Leistungskondiktion nach §§ 812 ff. BGB als ausgeschlossen. In den Fällen fehlender Leistung zwischen Eigentümer und Besitzer soll dagegen allein die Haftung nach §§ 987 ff. BGB zum Zuge kommen. Hält man bei alledem daran fest, daß für die Ermittlung des Anwendungsbereichs der Vindikationshaftung die in § 986 Abs. 1 BGB genannte Besitzrechtslage maßgeblich ist, kann über deren Voraussetzungen noch lange nicht das letzte Wort gesprochen sein.

342) JhJ 89,90 ff. Umgekehrt (Verdrängung der Besitzkondiktion durch die Vindikation) noch Rechtszwang 130 ff.
343) JhJ 89, 3 ff., 91.
344) Festschr. Boehmer 154 FN. 42 (oben Note 30).

e) Betrachten wir das Ergebnis: Die Fundamente der klassischen Dogmatik des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses sind allenthalben längst unterhöhlt. Und auch von dem auf ihnen errichteten Bau ist kaum mehr als die brüch-ig gewordene Fassade stehengeblieben. Damit stellt sich die Aufgabe, die hier am Werk befindlichen Kräfte systematisch schlüssig neu zu ordnen[345]. Will man dabei wieder auf gesicherten dogmatischen Boden kommen, kann das freilich nur gelingen, wenn man keinen der in unserem Entwicklungsabriß angesprochenen einzelnen Fragenkomplexe vernachlässigt. Denn soviel dürfte sich gezeigt haben: Jeder Versuch einer Lösung muß unbefriedigendes Stückwerk bleiben, der sich nicht gleichzeitig mit der bei der Entstehung des Drittbesitzrechts vollzogenen Veränderung des Eigentumsrechts, mit dem substantiellen Ausbau der Stellung auch des nur persönlich berechtigten Besitzers und vor allem auch mit dem Verhältnis der Vindikation zu den sonstigen Herausgabeansprüchen des Eigentümers gegen den Besitzer auseinandersetzt. Eine solche Zusammenschau der Probleme der Besitzrechtslage, der die Arbeiten von Hans Georg Seiberg und Reiser bisher noch am nächsten gekommen sind, kann sich auch nicht durch ein doktrinär verhärtetes Verständnis der Systemeinteilung in Schuldrecht und Sachenrecht aufhalten lassen[346]. Wenn wir im folgenden wenigstens die Leitgedanken einer eigenen Lösung dieser hinter der Antithese der §§ 985 und 986 Abs. 1 BGB stehenden Grundfragen aufzeigen wollen, werden wir uns freilich hinsichtlich der neben der Vindikation zu berücksichtigenden sonstigen Herausgabeansprüche des Eigentümers gegen den Besitzer zunächst einmal auf den Anspruch nach § 812 Abs. 1 BGB beschränken müssen.

aa) Wie wir schon gesehen haben, läßt die herrschende Ansicht die Vindikation nach § 985 BGB und die Besitzkondiktion nach § 812 Abs. 1 BGB miteinander konkurrieren[347], mag die condictio possessio-

345) Vgl. dazu etwa Reiser, JZ 1961, 530/1, der betont, daß man hier der Gefahr von Willkürentscheidungen nur entgeht, wenn man dem Mut zur systematischen Konsequenz aufbringt.

346) Vgl. auch dazu wieder Reiser, der aaO 531 von der Notwendigkeit spricht, "ein anderes als das uns aus dem 19. Jahrhundert überkommene Verständnis der Stellung des Eigentums und des Verhältnisses von schuld- und sachenrechtlicher Ordnung in unserem Privatrechtssystem zu entwickeln."

347) Nachweise oben Note 339/40.

nis im übrigen auch neben der vindicatio nie recht zu selbständiger Geltung gelangt sein[348]. Es ist aber auch, wie gleichfalls schon hervorgehoben, eine Verdrängung der Vindikation durch die Besitzkondiktion[349] und sogar umgekehrt auch die Verdrängung der Besitzkondiktion durch die Vindikation vertreten worden[350]. Für die Begleitansprüche der Vindikation in §§ 987 ff. BGB behauptet die herrschende Meinung unter Führung der Judikatur im Grundsatz ausschließliche Geltung gegenüber der Haftung nach §§ 812 ff. BGB[351]. Nach anderer Auffassung ist dagegen auch insoweit Anspruchskonkurrenz[352] oder aber der Vorrang von §§ 812 ff. BGB[353] anzunehmen. Die These von Caemmerers[354] geht nun, wie dargelegt, wenigstens bezüglich dieser Neben- und Folgeansprüche der Vindikation dahin, in den Fällen einer Leistungsbeziehung zwischen Eigentümer und Besitzer allein die Haftung mit der Leistungskondiktion nach §§ 812 ff. BGB, im übrigen dagegen allein die Haftung nach §§ 987 ff. BGB zuzulassen.

Hier darf man indessen nicht stehenbleiben. Die Vindikation selbst und die übrigen der Vindikationshaftung zugeordneten Ansprüche gehören funktionell zusammen. Diesen organischen Zusammenhang einer in sich geschlossenen Haftungsregelung kann man, woran etwa auch die Untersuchungen von Siber und Raiser keinen Zweifel lassen, nicht einfach willkürlich auseinanderreißen[355]. Gerade darauf läuft es aber hinaus, wenn die herrschende Ansicht das Verhältnis zu der

348) Dazu oben bei Note 343.
349) Siber JhJ 89, 90 ff. (oben Note 342).
350) Fichler, Institutionen II 1, 196 ff.; Münich 69/70. Ebenso früher auch Siber, Rechtszwang 130 ff. (oben Note 342).
351) RGZ 163, 348 (352); BGHZ 41, 157 (158/9, 162); RGRK-Johannsen, 3 zu § 987 (oben Note 30).
352) Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 II 6; Westermann, Sachenrecht § 31 III 1 b; Baur, Sachenrecht § 11 B II 3; Larenz, Schuldrecht II § 64 I (392); Fikentscher, Schuldrecht § 100 II; Staudinger-Berg, 6 vor §§ 987 ff.; Soergel-Siebert-Mühl, 14 ff. vor § 987.
353) Siber JhJ 89, 90 ff. (oben Note 342).
354) Festschr. Boehmer 154 FN. 42 (oben Note 30 und 344).
355) Siber, Rechtszwang 121/2, 130; Passivlegitimation 233 ff.; JhJ 89, 1 ff., insbes. 21 ff. Raiser, Festschr. Wolff 140; JZ 1958, 683; JZ 1961, 531; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 I 1. Nachdrücklich auch Münich 23 ff., 73.

bereicherungsrechtlichen Haftungsregelung nach §§ 812 ff. BGB für den Hauptanspruch des § 985 BGB anders beurteilt als für dessen in §§ 987 ff. BGB aufgeführte Neben- und Folgeansprüche. Wenn also die These v. Caemmerers zutrifft, hat man in die gegenseitige Ausschließlichkeit von Vindikationshaftung und Haftung auf die Leistungsbereicherung auch die Vindikation selbst mit einzubeziehen.

Allein eine solche gegenseitige Ausschließlichkeit von zwei in sich geschlossenen, vollständigen Haftungsregelungen kann richtig sein: Wir haben schon ermittelt, daß die Vindikation nach § 985 BGB nichts anderes als eine besondere Spielart der Eingriffskondiktion darstellt, welche den Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB kraft ihrer Spezialität verdrängt. Damit aber wird sichtbar: Wir haben es hier statt mit einer Konkurrenz oder einer Subsidiarität oder einem Vorrang der Vindikation und ihrer Begleitansprüche in Wahrheit mit der Alternativität von Leistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, Satz 2 BGB) und Eingriffskondiktion (§ 985 BGB) zu tun, die sich wegen der funktionellen Zusammengehörigkeit der verschiedenen Ansprüche der einzelnen Haftungsregelung auch auf die Neben- und Folgeansprüche der jeweiligen Hauptansprüche erstreckt[356]. Dieser Alternativität wiederum liegt zugrunde, daß ebenso wie die Eingriffskondiktion auch die Leistungskondiktion einen Rechtsfortwirkungsanspruch, hier einen Fortwirkungsanspruch aus dem Eigentumsrecht bildet: Weil beide Ansprüche auf dem gleichen Fundament beruhen und ein und derselbe Vorgang nur entweder eine aus dem subjektiven Recht schöpfende Leistung oder aber einen Eingriff in das Recht darstellen kann, müssen die durch die allgemeine

356) Daß man gerade in der Konsequenz der Auffassung v. Caemmerers auch schon die Vindikation als solche als "eine Art Anwendungsfall der Eingriffskondiktion" zu bestimmen hat, ist zwar von Raiser JZ 1961, 531 FN. 8 gesehen worden (oben Note 30); er selbst aber vertritt für die beiden Haftungsregelungen die Anspruchskonkurrenz (oben Note 340 und 352). Vgl. auch hier wieder Lange JZ 1964, 642 mit dem Hinweis, es könne neben der Vindikation keine Eingriffskondiktion auf den Besitz geben, da diese nicht weiter als die Vindikation zu reichen vermöge (oben Note 30).

Im übrigen ist der Zusammenhang der in §§ 987 ff. BGB genannten Nutzungsansprüche mit dem bereicherungsrechtlichen Eingriffsschutz von Anbeginn erkannt worden. So insbesondere schon Wilburg, Bereicherung 29/30 (Note 59).

Leistungskondiktion gewährleistete Haftung nach §§ 812 ff. BGB und die durch die besondere Eingriffskondiktion gewährleistete Haftung nach §§ 985, 987 ff. BGB einander gegenseitig verdrängen. Damit kommt es hier auf die von uns in den Mittelpunkt gestellte rechtliche Natur der Leistungskondiktion entscheidend an.

Da die Ausschließlichkeit der jeweiligen Haftung eine gegenseitige ist, kann man es gerade nicht bei der Behauptung ihrer Konkurrenz belassen und nur darauf verweisen, bei Beachtung der Voraussetzungen der Haftung nach §§ 812 ff. BGB komme man im wesentlichen trotzdem zu dem gleichen Ergebnis. Wo nämlich der Besitzer die Sachherrschaft statt vom Eigentümer von einem Dritten erlangt habe, fehle es ohnehin an der für die Bereicherungshaftung nach §§ 812 ff. BGB nötigen "Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung"[357]. Es ist heute längst klar, daß die Formel von der erforderlichen Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung für die Lösung bereicherungsrechtlicher Sachfragen recht besehen überhaupt nichts austrägt, sondern diese Probleme höchstens noch verschleiert. Sachlich maßgeblich ist vielmehr die notwendige Abschichtung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis nach dem Eingriffsschutz mit der Vindikation auf der einen und der Opfersicherung mit der Leistungskondiktion auf der anderen Seite. Dabei kann auch der gleichfalls bereicherungsrechtlich, nämlich mit der Vindikation haftende Dieb die Sache "unmittelbar" dem Eigentümer entzogen haben. Aus den gleichen Gründen ist es auch verfehlt, die Vindikationshaftung zwar im Bereich des Eingriffsschutzes für ausschließlich zu erklären, während sie im Bereich der Opfersicherung mit der auf der Leistungskondiktion aufbauenden Bereicherungshaftung konkurrieren soll[358].

Sieht man einmal von der gewohnheitsmäßigen Verfestigung der unserem Befund zuwiderlaufenden überkommenen dogmatischen Leitbilder ab, erweisen sich die hier aufgezeigten Zusammenhänge freilich

357) Westermann, Sachenrecht § 31 III 1 b (a.E.); oben Note 352.
358) So aber beispielsweise Esser, Schuldrecht § 188, 3 c, bb.

auch auf Grund ihrer Behandlung im Gesetz als besonders undurchsichtig. Denn die von der Vindikation und ihren Begleitansprüchen begründete, in sich geschlossene Haftungsregelung für die Herausgabe, die Erstattung eines Surrogats, den Schadensersatz und die Erstattung von Nutzungen an den Eigentümer sowie für den Verwendungsersatz an den Besitzer erschöpft sich in den Sonderbestimmungen der §§ 985, 987 ff. BGB allein noch nicht. Für die Erstattung eines Surrogats bleibt es vielmehr bei den Bestimmungen der allgemeinen Eingriffskondiktion (§§ 816 Abs. 1, 818 Abs. 1 Fall 2, Abs.2 Fall 2 BGB). Nichtsdestoweniger gehören aber diese allgemeinen Bestimmungen und die Sondervorschriften der §§ 985, 987 ff. BGB sachlich zusammen: Erst die Gesamtheit von besonderen und unverdrängt gebliebenen allgemeinen Bestimmungen gibt die Vindikationsregelung vollständig wieder. Dieselbe Verflechtung wird auch in der Verweisung auf die allgemeinen Bestimmungen in §§ 988 und 993 Abs. 1 Halbs. 1 BGB deutlich. Umgekehrt trägt zur Klarheit nicht eben bei, daß unter den Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB für die Haftung mit der allgemeinen Leistungskondiktion nach §§ 812 ff. BGB über § 292 BGB auf die Haftung mit der besonderen Eingriffskondiktion nach §§ 987 ff. BGB verwiesen wird. Immerhin aber macht auch diese Verweisung wieder anschaulich, daß die Vindikationshaftung gleichfalls Bereicherungshaftung ist.

Es heißt nun noch lange nicht der von Siber bespöttelten Sorge anheimfallen, daß vielleicht "der arme Paragraph 986 BGB nicht genug zu leben habe"[359], wenn man eine für das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis derart einschneidende Folgerung wie die hier vollzogene Abschichtung von Eingriffsschutz durch die Vindikation und Opfersicherung durch die Leistungskondiktion nicht außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift entwickelt[360]. So gewiß eine solche Folgerung der Stütze in einem sehr viel weiter tragenden allgemeinen Prinzip bedarf, so sicher muß sich dieses Prinzip gerade wieder in dem in § 986 Abs. 1 BGB zugrunde gelegten Besitzrechtstatbestand aufdecken lassen, dem das Gesetz in unserem Zusammenhang nun einmal

359) JhJ 89, 7.

360) Oben zu Note 323.

ganz offensichtlich zentrale Bedeutung beigelegt hat. Grenzt man demgemäß den Anwendungsbereich der Vindikationshaftung mit Raiser[361] und der heute herrschenden Meinung[362] allein danach ab, ob dem Besitzer ein Recht zum Besitz im Sinne von § 986 Abs. 1 BGB zusteht oder nicht, muß berechtigter Besitz derjenige Besitz sein, der statt der in der Vindikation nach § 985 BGB gelegenen Eingriffskondiktion dem in der Leistungskondiktion zu sehenden Opferanspruch aus dem Eigentum unterliegt. Damit aber haben wir den Ansatz gewonnen, von dem aus sich die ins Wanken geratene dogmatische Bestimmung des Besitzrechtstatbestandes neu festigen läßt.

bb) Wir haben bereits versucht, auf Grund unseres Überblicks das Bild von der Stellung des Eigentümers in der Besitzrechtslage zu präzisieren. Wo sich der Besitzer dem Eigentümer gegenüber von Rechts wegen in der Herrschaftsmacht über die Sache behaupten kann, so war festzustellen, ist offenbar um eine inhaltliche Veränderung des Eigentumsrechts unabhängig davon nicht herumzukommen, ob der Besitzer dinglich oder nur persönlich zum Besitz berechtigt ist. Will man hier statt dessen danach unterscheiden, ob der Dritte ein persönliches oder aber ein dingliches Besitzrecht ins Feld führt, heißt das mit anderen Worten nur allzu offenkundig an dogmatischen Vorstellungen festhalten, die sich längst als wirklichkeitsfremd erwiesen haben. Es ist also notwendig, das Beharrungsvermögen dieser Vorstellungen vollends endgültig zu überwinden und der Tatsache Rechnung zu tragen, daß der zeitweilige Verlust der Herrschaftsmacht über die Sache gegenüber einem Mieter oder Entleiher für den Eigentümer unabhängig vom Vorhandensein einer vollgültigen Schuldbeziehung nicht weniger einschneidend ist als gegenüber einem Nießbraucher oder Pfandgläubiger. Nur muß sich auch dann die Besitzrechtslage von der Vindikationslage noch abgrenzen lassen, kann doch derselben tatsächlichen Verlust der Sachherrschaft auch etwa der vom Besitzer bestohlene Eigentümer geltend machen.

---

361) Oben zu Note 326.

362) Oben zu Note 333 und 335.

Sowohl die gebotene einheitliche Betrachtung der Auswirkungen der Besitzrechtslage auf das Eigentumsrecht als auch die Abgrenzung zur Vindikationslage finden den ihnen angemessenen Ausdruck, wenn man von der Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ausgeht. Nicht nur, wo die der Bestellung des Nießbrauchs- oder Pfandrechts zugrunde gelegte Schuldabrede, sondern auch, wo der Miet- oder Leihvertrag oder auch, wo der bei der gescheiterten oder erst später zu vollendenden Übereignung der Sache vorausgesetzte Kaufvertrag unwirksam oder nichtig ist: Überall ist hier nach erfolgter Übergabe der Sache eine Besitzrechtslage anzunehmen, weil der Besitzer nicht der Vindikation, sondern der Leistungskondiktion des Eigentümers ausgesetzt ist. Dann aber kann in all diesen Fällen, also auch bei nicht dinglichem, sondern nur persönlichem Drittbesitzrecht, die Veränderung der Stellung des Eigentümers in der Besitzrechtslage nicht auf eine Schuldbeziehung zum Besitzer zurückgeführt werden. Sie muß vielmehr durchgängig allein darauf beruhen, daß der Eigentümer bereits mit der in der wirksamen Übergabe liegenden Leistung eine Verfügung über sein Recht getroffen hat, die dem Verlust der Sachherrschaft an den Besitzer rechtens macht: Er hat sein Recht von einem unmittelbaren in ein mittelbares Recht zum Besitz umgewandelt. Das bedeutet zugleich, daß sich Ausübungsüberlassung und Belastung des Rechts nicht länger einander entgegensetzen lassen. Die Ausübungsüberlassung ist so wenig allein den überkommenen Kategorien des Schuldrechts zuzuschlagen, wie die Belastung denjenigen des Sachenrechts[363]. Ausübungsüberlassung und Belastung sind vielmehr in Wahrheit dasselbe[364]. Wo es all dem gegenüber an einer derartigen Verfügung über das Eigentumsrecht fehlt, liegt ein Eingriff in das Recht und dementsprechend eine Vindikationslage vor.

---

363) Zu dieser Entgegensetzung oben Note 280, 285/6.

364) So gesehen mag man es als bezeichnend empfinden, daß Larenz, der jedenfalls die Herrschaftsrechte allgemein der Ausübungsüberlassung für fähig hält (Schuldrecht I § 30 V e, 357; oben Note 281), in seinem Allgemeinen Teil nunmehr zwar weiterhin (vgl. oben zu Note 285) zwischen translativer und konstitutiver Rechtsübertragung (Veräußerung und Belastung) unterscheidet (§ 19 IV a, 248/9), die Überlassung des Rechts zur Ausübung aber überhaupt nicht mehr erwähnt.

Halten wir also das in der Gegenüberstellung von § 985 BGB und § 986 Abs. 1 BGB zu fassende Ergebnis fest: Dort wie hier geht dem Eigentümer mit der Zweiung von Eigentum und Besitz die Herrschaftsmacht über die Sache verloren. Dort freilich wird dies durch einen Eingriff, hier dagegen durch eine schon in der Übergabe zu suchende Leistung ausgelöst. Das eine Mal ist eine die Vindikationslage bestimmende Eingriffskondiktion, das andere Mal eine der Besitzrechtslage zugrunde liegende Leistungskondiktion des Eigentümers gegen den Besitzer die Folge. Beide Ansprüche schließen einander aus, was in der sogenannten Einwendungstheorie freilich nur unvollständig zum Ausdruck kommt.

cc) Damit können wir uns nun auch der Stellung des Besitzers in der Besitzrechtslage zuwenden. Hier waren wir auf die Tendenz gestoßen, das Drittbesitzrecht als solches und mit ihm auch die Stellung eines nicht dinglich, sondern nur persönlich besitzberechtigten Besitzers gegenüber dem Eigentümer zu einem selbständigen subjektiven Herrschaftsrecht an der Sache auszubilden. In der Tat mutet auch insoweit eine Unterscheidung nach persönlicher und dinglicher Natur des Drittbesitzrechts nur wie ein willkürlicher Historismus an. Es ist nun einmal nicht einzusehen, wodurch sich die einem Mieter oder Entleiher auch in der Auseinandersetzung mit dem Eigentümer der Sache von Rechts wegen zugestandene Sachherrschaft von derjenigen des Nießbrauchers und des Pfandgläubigers abheben soll, die sich auf keine Schuldbeziehung zum Eigentümer berufen müssen. Und ebenso wenig vermag einzuleuchten, daß zwar der Nießbraucher oder der Pfandgläubiger, nicht aber auch der Mieter oder der Entleiher seine Sachherrschaft soll aus eigenem Recht verteidigen können. Die Konsequenz ist, daß man das Drittbesitzrecht überall als ein eigenes, von einem zugrunde gelegten Schuldverhältnis abgelöstes Sachherrschaftsrecht aufzufassen hat. Damit ist zugleich eine einheitliche Abgrenzung der Besitzrechtslage von der Vindikationslage zu gewinnen, in welcher der Besitzer die Sachherrschaft gleichfalls, aber nur rein tatsächlich innehat.

Auch eine solche gleichmäßige Ausbildung der Stellung des Besitzers in der Besitzrechtslage zu einem selbständigen subjektiven Herrschaftsrecht an der Sache und die Grenzziehung zur Vindikationslage ergeben sich wieder folgerichtig, wenn man die Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zum Ausgangspunkt nimmt. Bleiben wir auch insoweit bei den schon von uns herangezogenen Beispielen: Ist die bei der Nießbrauchs- oder Pfandbestellung vorausgesetzte Schuldabrede, ist der Miet- oder Leihvertrag oder ist der bei der gescheiterten oder doch noch unvollendeten Übereignung zugrunde gelegte Kaufvertrag nichtig oder unwirksam, so ist in all diesen Fällen mit der Übergabe der Sache eine Besitzrechtslage und keine Vindikationslage entstanden. Denn der Besitzer unterliegt hier der Leistungskondiktion des Eigentümers, welche die Vindikation ausschließt. Das heißt dann aber auch, daß er seine Stellung, mag er nun dinglich oder nur persönlich besitzberechtigt sein, nicht auf ein Schuldverhältnis mit dem Eigentümer stützen kann. Seine Stellung muß vielmehr beidemal gleichermaßen dadurch zu erklären sein, daß schon mit der Übergabe der Sache vom Eigentümer an den Besitzer immer ein Herrschaftsrecht an der Sache aus dem Eigentumsrecht herausgespalten und dem Nehmer zugewendet wird: Das unmittelbare Recht zum Besitz des neuen Besitzers. Wo hingegen eine Vindikationslage gegeben, also etwa die Sache dem Eigentümer entwendet worden ist, hat der neue Besitzer die Sachherrschaft nur tatsächlich inne.

Aber legen wir das Gewicht weiterhin auf den berechtigten Drittbesitz: Ist nicht nur das dingliche, sondern auch das persönliche, dem Eigentum gegenübertretende unmittelbare Recht zum Besitz an kein gültiges Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer gebunden, kann - so haben wir soeben schon festgestellt - das persönliche Besitzrecht gleichfalls nur als ein selbständiges, eigenes subjektives Herrschaftsrecht des Dritten an der Sache aufgefaßt werden. Umgekehrt müssen dann auch das dingliche Drittbesitzrecht und der besitzverbundene Typus des beschränkt dinglichen Sachherrschaftsrechts zusammenfallen, den man schon immer als ein selbständiges, eigenes subjek-

tives Recht des Dritten betrachtet hat. In ihrer Struktur als Sachherrschaftsrecht sind daher persönliches und dingliches Drittbesitzrecht einander in jeder Beziehung gleich. Auf diese Weise erklärt sich auch ohne weiteres, weshalb in § 986 Abs. 1 BGB unabhängig von der persönlichen oder dinglichen Natur des Drittbesitzrechts dieselbe einheitliche Wirkung auf das Eigentumsrecht vorausgesetzt werden kann. Und darum verdienen vor allem auch persönliches und dingliches Drittbesitzrecht beide denselben vollständigen Drittschutz, wie ihn die moderne Lehre ihnen grundsätzlich auch zuteil werden läßt.

Soll man dennoch persönliches und dingliches Drittbesitzrecht auseinanderzuhalten haben, kann ihr struktureller Unterschied statt in der Herrschaftsmacht über die Sache nur in der Verfügungsmacht über das Recht zu suchen sein: "Dinglichkeit" muß so viel wie eigene Verfügungsmacht bedeuten. Denn allein der dinglich Besitzberechtigte vermag sein Recht in bestimmtem Umfang aus eigener Machtvollkommenheit zu übertragen, der bloß persönlich Besitzberechtigte hingegen nicht. Das rückt zugleich auch den in der klassischen Lehre von der Belastung aufgetretenen Streit in ein neues Licht, ob man das Drittrecht als aus dem Eigentumsrecht herausgespalten oder aber im Wege einer Vervielfältigung von Eigentumsbefugnissen gebildet zu denken habe[365]. Denn mag der Streit heute auch als im ersteren Sinne entschieden gelten[366], genau besehen schließen diese beiden Betrachtungsweisen einander keineswegs aus. Im Hinblick auf die im Eigentumsrecht enthaltene Herrschaftsmacht über die Sache trifft die Splittertheorie ganz den richtigen Kern. Hier haben wir sie sogar nicht nur zu bestätigen, sondern auch über das ihr ursprünglich zugedachte Anwendungsfeld hinaus als tragfähig anzuerkennen: Müssen wir sie doch auf einen sehr viel weiter gefaßten Begriff der Belastung oder, wie wir statt dessen anschaulicher sagen können, auf die Ausübungsüberlassung zu dinglichem und persönlichem Drittbesitzrecht gleichermaßen

365) Nachweise oben Note 287/8.

366) Wolff-Raiser, Sachenrecht § 51 III; Westermann, Sachenrecht § 28 I 3; Baur, Sachenrecht § 60 I; Larenz, Allgemeiner Teil § 19 I 10 (238) und IV a (248/9).

beziehen. Andererseits läßt sich die Ausstattung des nicht nur persönlichen, sondern dinglichen Drittbesitzrechts mit Verfügungsmacht über dieses Recht nur anhand einer Vervielfältigung derjenigen Verfügungsmacht deuten, die dem Eigentümer über sein Eigentumsrecht zusteht.

Heben wir zusammenfassend wie-der auf die Gegenüberstellung von § 985 BGB und § 986 Abs. 1 BGB ab: In der Vindikationslage haben wir es mit der durch eine Verletzung des Eigentumsrechts dem Eigentümer abhandengekommenen Herrschaftsmacht des Besitzers über die Sache, mit nichtberechtigtem Besitz oder "Nurbesitz" zu tun. In der Besitzrechtslage dagegen stoßen wir auf die mit einer Übertragung des Eigentumsrechts durch seine Überlassung zur Ausübung dem neuen Besitzer zugewendete berechtigte Herrschaftsmacht über die Sache, den berechtigten Besitz oder eben das "Recht zum Besitz".

dd) Hat man die Alternativität von Opfersicherung durch die Leistungskondiktion und Eingriffsschutz durch die Vindikation im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ermittelt, in die auch die jeweiligen Begleitansprüche einzubeziehen sind, erledigt sich die Möglichkeit einer Überschneidung der beiden Haftungsregelungen von selbst.

Zugleich wird damit auch der tragende Grund sichtbar, weshalb der von der klassischen Doktrin so umfassend ausgelegte Anwendungsbereich der Vindikationshaftung hypertroph erscheinen und darum in langer Auseinandersetzung notwendig immer weiter zurückgeschnitten werden mußte. Dieser Grund läßt sich allerdings nicht mit Siber[367] auf das in eine formallogische Spezialität der sonstigen Haftung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis gekleidete Prinzip der Anspruchsökonomie zurückführen. Die Vindikationshaftung ist auch gegenüber der Haftung mit der Leistungskondiktion keineswegs schwächer. Sie ist vielmehr nach ihrer Funktion als Eingriffsschutz des Eigentumsrechts eine qualitativ völlig andere Haftung. Umgekehrt ist die Haftung mit

367) Oben zu Note 318 bis 320.

der Leistungskondiktion nicht stärker, sondern um ihrer Funktion als Opfersicherung des Eigentumsrechts willen ihrerseits etwas grundlegend anderes als die Vindikationshaftung. Daher trifft in der Sache, wennschon ohne die allgemeine Leistungskondiktion zu meinen, auch Raiser[368] noch nicht ganz das Richtige, wenn er von einer Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen gegenüber der auf eine Rückabwicklung gerichteten sonstigen Haftung spricht. Die Vindikationshaftung bildet im Verhältnis zu der sonstigen Haftung keineswegs eine bloße Auffangregelung nach Art einer Notordnung. Sie tritt dieser von der Funktion der Opfersicherung bestimmten Haftung vielmehr kraft ihrer eigenen Funktion eines Eingriffsschutzes selbständig gegenüber. Allein diese ihre spezifische Funktion des Eingriffsschutzes ermöglicht es, den Anwendungsbereich der Vindikationshaftung sachgerecht festzulegen.

So gesehen geht es fehl, den Ausschluß der Vindikation in einer Verkürzung der Eigentümerstellung zu suchen. Denn ebenso wie in der Vindikationslage oder "Eingriffslage", so ist auch in der mit der Übergabe der Sache entstandenen Besitzrechtslage oder "Opferlage" dem Eigentümer die Herrschaftsmacht über die Sache an den Besitzer verlorengegangen. Es kommt vielmehr darauf an, welcher Anspruch in der Besitzrechtslage an die Stelle der Vindikation tritt. Dieser Anspruch ist die ebenfalls im Eigentumsrecht wurzelnde Leistungs- oder auch eine entsprechende sonstige Opferkondiktion. Oder anders gesagt: Eine Verkürzung der Stellung des Eigentümers liegt einmal schon in dem eingriffsweise eingetretenen Verlust der Sachherrschaft an einen Dritten. Dann schließt sie die Vindikation nicht aus, sondern läßt sie entstehen. Geht derselbe Verlust der Sachherrschaft an einen Dritten dagegen auf ein in wirksamer Verfügung über das Recht vollzogenes Opfer zurück, läßt er keine Vindikation, wohl aber eine Opferkondiktion entstehen.

Und weiter: Nicht das Recht zum Besitz des Dritten ist es, welches die Vindikation ausschließt, sondern der in der Opferkondiktion

368) Oben zu Note 332.

gelegene anderweitige Herausgabeanspruch. Nicht daß man darüber das Drittbesitzrecht vernachlässigen dürfte. Nur muß man seinen Stellenwert in diesem Zusammenhang richtig sehen: Das Besitzrecht im Sinne von § 986 Abs. 1 BGB weist nur deshalb auf einen Ausschluß der Vindikation, weil es das Ziel einer Opferkondiktion ist, die ihrerseits die in der Vindikation zu ermittelnde Eingriffskondiktion des § 985 BGB verdrängt. Der Eingriffskondiktion (Vindikation) unterliegender nichtberechtigter Besitz und der Leistungskondiktion unterliegender berechtigter Besitz stehen einander gegenüber. Denn jede Zweiung von Eigentum und Besitz schafft eine der Güterzuweisung des Rechts des Eigentümers widersprechende und deshalb rechtsgrundlose Bereicherung des neuen Besitzers, die in dessen Herrschaftsmacht über die Sache besteht. Diese Bereicherung kann Eingriffsbereicherung oder bloßer Nurbesitz sein. Sie kann aber auch Leistungsbereicherung oder Recht zum Besitz sein. Eine wiederum ganz andere Frage ist, ob eine solche rechtsgrundlose, in einem persönlichen oder dinglichen Besitzrecht bestehende Leistungsbereicherung durch die Erfüllung eines sie deckenden Schuldverhältnisses gerechtfertigt ist oder nicht. Insoweit allerdings gewinnt dann auch ein Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer für das persönliche und das dingliche Drittbesitzrecht wesentliche Bedeutung.

So aber lassen sich die Haftungsverhältnisse im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis klar übersehen: Es gibt keinen "nicht mehr berechtigten" Besitz. Der Besitz des Dritten ist immer schon von vornherein und ein für allemal entweder berechtigter oder nichtberechtigter Besitz. Um nichtberechtigten Besitz handelt es sich dort, wo der Dritte die Sachherrschaft in Ermangelung einer Verfügung über das Eigentumsrecht eingriffsweise erlangt hat. Dann kommt bis zur Herausgabe der Sache ausschließlich die mit der Zweiung von Eigentum und Besitz entstandene Vindikation mit ihren Begleitansprüchen zur Anwendung. Berechtigter Besitz liegt dagegen dort vor, wo der Dritte die Sachherrschaft leistungsweise, nämlich kraft einer schon mit der Übergabe der Sache vollzogenen Verfügung über das Eigentumsrecht erlangt hat. Dann bestimmt sich die Haftung bis zur Rückgabe der Sache

nur nach der gleichfalls mit der Zweiung von Eigentum und Besitz entstandenen Leistungskondiktion und deren Begleitansprüchen[369]. Wenn und solange freilich das mit der Leistung in Bezug genommene Schuldverhältnis erfüllt ist, kann der Besitzer dem Eigentümer mit der Einrede begegnen, der Herausgabeanspruch sei noch nicht fällig[370].

Damit können wir den Besitzrechtstatbestand vollends präzisieren: Der Besitzer kann die Sache als Mieter oder Entleiher übergeben erhalten haben. Dann hat er unabhängig vom Vorhandensein, von der anfänglichen Vollwirksamkeit oder der späteren, ex tunc oder ex nunc wirkenden Auflösung eines entsprechenden Schuldverhältnisses mit dem Eigentümer ein persönliches Recht an der Sache oder persönliches Drittbesitzrecht. Aber auch, wo eine über die Übergabe hinaus beabsichtigte Übereignung der Sache oder Bestellung eines Nießbrauchs- oder Pfandrechts an der Sache fehlgeschlagen oder noch nicht vollendet worden ist, ist der Besitzer wiederum ohne Rücksicht auf eine Schuldbeziehung insofern immerhin wenigstens persönlich berechtigter Besitzer geworden, als er die Sache vom Eigentümer übergeben erhalten hat. Ebenso unabhängig von einer zugrunde liegenden Schuldbeziehung kann er die Sache aber auch durch eine über die bloße Übergabe hinausgehende, wirksame Bestellung eines Nießbrauchs- oder Pfandrechts erlangt haben. Dann hat er ein beschränkt dingliches Recht

---

369) Wenn der Bundesgerichtshof (BGHZ 34, 122, 131/2) und andere Stimmen (oben Note 336) dafür eingetreten sind, schon einmal eingetretene Besitzrechtswirkungen sogar mit Rückwirkung wieder zu beseitigen, deutet das im Grunde genommen auf dasselbe Bestreben, im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis von vornherein und ein für allemal nur entweder mit dem Eingriffsschutz oder aber mit der Opfersicherung zu arbeiten. Nur wird diese Alternative hier falsch entschieden.

370) Zu der demgegenüber bestehenden Unsicherheit bezüglich der Entstehung bzw. Fälligkeit des jeweiligen Herausgabeanspruchs oben bei Note 302/3 und 337.

Die Rechtsprechung neigt gelegentlich noch dazu, dem von der Lehre erarbeiteten und von ihr selbst (oben Note 335) anerkannten Prinzip zuwider die Grenzen zwischen berechtigtem und nichtberechtigtem Besitz zu verwischen; BGHZ 27,317 (321); 34,122(132). Das wird zu Recht scharf verurteilt, weil man auf diese Weise die mühsam gewonnene Erkenntnis der systematischen Stellung der §§ 985, 987 ff. BGB alsbald ohne Grund wieder aufs Spiel setzt; eingehend vor allem Raiser, JZ 1958,684/5;1961,530. Dies gilt auch für das Verhältnis der Vindikationshaftung nach §§ 985,987 ff.BGB zur Haftung nach §§ 812 ff.BGB. Die kritisierten Grenzüberschreitungen lassen sich letztlich nur in der Erkenntnis sicher ausräumen, daß man zwei nach ihrer Funktion als Opfersicherung oder Eingriffsschutz einander strikt entgegengesetzte Formen der Haftung nicht miteinander verquicken darf.

an der Sache oder dingliches Drittbesitzrecht. Wird ihm die Sache schließlich, wiederum unabhängig von der Grundlage in einem Schuldverhältnis, über die bloße Übergabe hinaus wirksam übereignet, schlägt die Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts in dessen Veräußerung um. Dann wird der Besitzer Eigentümer und entfällt das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis. Als ein solcher neuer Eigentümer hat er ein unbeschränkt dingliches Recht an der Sache oder dingliches Recht zum Besitz. Fällt andererseits das auf den Erwerber übergegangene Eigentumsrecht, etwa durch eine Anfechtung oder durch denEintritt einer auflösenden Bedingung, wieder an den Veräußerer zurück, wird das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis wiederhergestellt. Dann ist der Dritte zwar nicht mehr unbeschränkt dinglich, aber immer noch persönlich berechtigter Besitzer. Erlöschen Nießbrauch oder Pfandrecht, ist er zwar nicht länger beschränkt dinglich, aber gleichfalls wenigstens noch persönlich berechtigter Besitzer. Nicht mehr, nämlich auch persönlich nicht mehr berechtigter Besitzer ist er in Wahrheit erst, wenn er die Sache wieder zurückgegeben hat.

Im übrigen ist kaum mehr der ausdrückliche Hinweis notwendig, daß eine bloße Zurückbehaltungsbefugnis des mit der Vindikation herausgabepflichtigen Besitzers nicht in den Besitzrechtstatbestand des § 986 Abs. 1 BGB hineingemengt werden darf. Braucht der Besitzer die Sache nach § 1000 BGB nur herauszugeben, wenn ihm seine Verwendungen auf die Sache ersetzt werden, hat das vielmehr gerade zur Voraussetzung, daß er Nurbesitzer ist, daß ihm also ein Recht zum Besitz nicht zusteht. Andernfalls unterläge er schon gar nicht der Vindikation des Eigentümers. Entsprechend verhält es sich mit dem der Leistungskondiktion des Eigentümers ausgesetzten berechtigten Besitzer: Dieser mag die Sache wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen oder wegen der von ihm zu beanspruchenden Rückzahlung des bereits erlegten Kaufpreises nach § 273 BGB zurückbehalten können. Aber eine solche Befugnis hat nichts mit seinem Recht zum Besitz zu tun, auf das der gegen ihn gerichtete Herausgabeanspruch zielt.

ee) Hiernach ist das berechtigte Bemühen um eine Zurückdrängung der Vindikationshaftung keineswegs gleichbedeutend mit einer Einschränkung des Satzes, daß der Eigentümer vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen kann. An diesem Fundamentalsatz selbst ist so lange nicht zu rütteln, als man das Eigentumsrecht als umfassendes subjektives Herrschaftsrecht an der Sache anerkennt. Es muß aber gesehen werden, daß dieser Satz nicht auf einem einzigen, sondern auf zwei einander ausschließenden Ansprüchen beruht: Nämlich sowohl auf der mit einem Eingriff ausgelösten Vindikation als auch auf einem gleichfalls aus dem Eigentumsrecht hervorgegangenen, mit einem Opfer ausgelösten Rückabwicklungsanspruch. Das erfordert, daß man entgegen der historischen Entwicklung bereit ist, der Leistungskondiktion die ihr tatsächlich zukommende Bedeutung zuzubilligen und in demselben Umfang die insoweit ursprünglich nur als Notbehelf ausgebildete Vindikation[371] fallen zu lassen. Die Voraussetzungen für diesen Schritt sind von der modernen Bereicherungsdogmatik mit ihrer Unterscheidung von Leistungs- und Eingriffskondiktion geschaffen worden. Um ihre Tragweite auch für das Verhältnis von Eigentümer und Besitzer zu ermessen, bedarf es allerdings der Erkenntnis, daß ebenso wie die Eingriffskondiktion auch die Leistungskondiktion einen Rechtsfortwirkungsanspruch darstellt.

4. Soviel ist jetzt nicht mehr von der Hand zu weisen: Will man die Dogmatik des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses wieder auf eine tragfähige Grundlage stellen, wird man über die hier bisher schon geübte Kritik am tradierten Gut unserer Sachenrechtsdogmatik noch ein gutes Stück hinausgehen und sich auch neuen Entwicklungen öffnen müssen. Wir können nun, wie schon gesagt, den hier eingeschlagenen Weg und seine vielfältigen Verzweigungen nicht in alle Einzelheiten hinein weiter verfolgen. Umso mehr sind wir dann aber gehalten, wenigstens unsere leitenden Gesichtspunkte noch klarer herauszuschälen. Damit nehmen wir die Überlegungen wieder auf, die wir in Anknüpfung an die moderne Bereicherungslehre früher schon

371) Oben zu Note 343.

angestellt haben.

a) Beginnen wir wieder mit dem als "unmittelbares Recht zum Besitz" schon herausgestellten unmittelbaren Herrschaftsrecht eines Dritten an der Sache, das dem zur Ausübung überlassenen Recht des Eigentümers an der Sache gegenübertritt. Wie schon betont, kann nur eine an nicht länger zureichenden historischen Vorbildern ausgerichtete, doktrinär erstarrte Theorie heute noch die Augen davor verschließen, daß sich beispielsweise der Mieter oder der Entleiher hinsichtlich seiner berechtigten Sachherrschaft von einem Nießbraucher oder Pfandgläubiger in nichts unterscheidet. Das ist noch einmal ausführlicher nachzuzeichnen. Hierzu aber haben wir auch das noch nicht einem Dritten zur Ausübung überlassene Eigentumsrecht als das ursprünglichste unmittelbare Recht zum Besitz in unsere Betrachtung einzubeziehen.

aa) Die klassische Doktrin ist den durch die strukturelle Gleichartigkeit aller Erscheinungsformen des unmittelbaren Rechts zum Besitz aufgeworfenen Problemen dadurch ausgewichen, daß sie auf den einheitlich vorliegenden "unmittelbaren" Besitz (§§ 854 ff. BGB) abgestellt hat.

Zumindest für sich genommen aber kann dieser als "unmittelbar" apostrophierte Besitz das persönliches und dingliches Recht zum Besitz verbindende Moment nicht bilden. Besitzer ist auch, wer fremdes Gut gestohlen oder ein fremdes Grundstück unerlaubt in Beschlag genommen hat. Das ist natürlich gesehen worden. Darum hat man im Gegensatz zum "nichtberechtigten" Besitz des Diebes oder des Okkupanten "berechtigten" Besitz allein denjenigen Besitz genannt, der durch ein entsprechendes Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer oder ein entsprechendes beschränkt dingliches Recht an der Sache unterlegt wird: Also gerade etwa durch ein Miet- oder Leihverhältnis oder durch ein Nießbrauchs- oder Pfandrecht.

Ein Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer, um damit zu beginnen, kann aber eine derartige Unterlage in keinem Fall darstellen. Gewiß ist, so sahen wir, auch einem solchen Schuldver-

hältnis die Kraft zugesprochen worden, die Rechtsstellung des Eigentümers umzugestalten[372]. Will man auf diese Weise die von der Kritik immer wieder herausgearbeitete Veränderung des Eigentumsrechts in der Besitzrechtslage erklären, die auch mit der Begründung eines nur persönlichen Drittbesitzrechts eintritt, heißt das jedoch einen unrichtigen Ansatz wählen. Gerade wenn man sich wirklich dazu entschließt,"auch alteingewurzelte, axiomatisch gewordene Sätze und Begriffe unserer Sachenrechtsdogmatik auf ihre Haltbarkeit neu zu überprüfen"[373], sollte man gar nicht mehr versuchen, den bisher zugrunde gelegten Zusammenhang von Besitzrechtslage und Schuldverhältnis fortzubilden. Dieser Zusammenhang ist vielmehr vollständig aufzulösen. Freilich rechtfertigt sich das weniger durch den in erster Linie rechtstechnisch konzipierten Abstraktionsgrundsatz als durch den vorgegebenen Unterschied in der sachlichen Bedeutung von Schuldverhältnis und Eigentumsrecht: Im Schuldverhältnis liegt ein Rechtsverhältnis zwischen Person und Person. Im Eigentumsrecht, das hier einem Dritten zur Ausübung überlassen werden soll, liegt ein Rechtsverhältnis zwischen Person und Gegenstand. Beschränkt man die Betrachtung hier dementsprechend auf das Eigentum allein, darf das natürlich nicht zu einem Denken in einem starren Eigentumsbegriff führen. Dazu besteht aber auch keine Veranlassung. Das in der Tat gebotene Verständnis des subjektiven Eigentumsrechts als einer komplexen Rechts- und Pflichtenstellung[374] ist vollständig aus der Normativität der Zuweisung der Herrschaftsmacht über eine Sache zu entwickeln, die wir als Güter- und Verhaltenszuweisung analysiert haben[375]. Diese Normativität der Zuweisung hat nichts mit möglichen schuldrechtlichen Bindungen zu tun, die der Eigentümer Dritten gegenüber eingegangen ist. Und erst die vollständige Ablösung der Besitzrechtslage von einem Schuldverhältnis macht es dann auch möglich, die Leistungskondiktion als einen der Vindikation gegenüber alternativen Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer freizulegen.

372) So die These von Raiser; oben bei Note 292 bis 294, 305 und 328.
373) Derselbe, Festschr. Wolff 134/5.
374) Raiser; oben zu Note 292/3. Vgl. auch wieder oben Note 11 bis 13.
375) Darüber insbesondere oben zu Note 9 bis 13.

Statt auf ein Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer ist die durchgängige Veränderung des Eigentumsrechts in der Besitzrechtslage immer nur darauf zurückzuführen, daß der Eigentümer den Zuweisungsgehalt seines an der Sache bestehenden Rechts an den neuen Besitzer verliert. In Entsprechung dazu erklärt sich das unmittelbare Recht des Dritten zum Besitz überall als ein aus dem Eigentumsrecht herausgespaltenes, von einer zugrunde gelegten Schuldbeziehung losgelöstes selbständiges subjektives Recht[376]. Dann wiederum ist bis dahin auch und vor allem schon das Eigentumsrecht selbst ein solches unmittelbares Recht zum Besitz. Das dingliche Recht zum Besitz wird ebensowenig wie das persönliche Recht zum Besitz erst durch ein Recht an der Sache unterlegt. Dingliches sowohl als auch persönliches Recht zum Besitz sind vielmehr mit einem Recht an der Sache identisch. Soweit dieses Besitzrecht dinglicher Natur ist, fällt es mit dem Eigentum als dem unbeschränkt dinglichen Sachherrschaftsrecht oder aber mit einem sonstigen Sachenrechtstypus in Gestalt eines beschränkt dinglichen Sachherrschaftsrechts zusammen.

Auch hier führt daher nur wieder die Zuweisungslehre weiter. Nicht auf den "unmittelbar" genannten, wie auch immer unterlegt zu denkenden Besitz kommt es an. Es geht vielmehr um ein selbständiges subjektives Recht an der Sache, das unmittelbare Recht zum Besitz.

bb) Wie gesagt, ist ein solches - nämlich unbeschränkt dingliches - unmittelbares Recht zum Besitz in erster Linie das Eigentumsrecht. Greifen wir darum insoweit noch einmal kurz zurück.

Das Eigentumsrecht, so haben wir festgestellt[377], wird durch die Zuweisung der Herrschaftsmacht über eine Sache konstituiert. Die Zuweisung dieser ihrer vorgegebenen Natur nach "unmittelbaren" Sachherrschaft macht das Recht zu einem in seiner Ausübung von der Ver-

376) Also gerade entgegengesetzt zur Position von Raiser; oben bei Note 305. Im Ansatz dagegen wie hier Scherk und Diederichsen; oben bei Note 306 und 310.

377) Oben zu Note 1 bis 6.

mittlung eines Dritten unabhängigen, "absoluten" Recht an der Sache. Dieselbe, den Zuweisungsgehalt des Rechts bildende Sachherrschaft kann an jeden Dritten durch eine Verletzung oder eine Übertragung des Rechts verlorengehen, was den umfassenden Drittschutz des Rechts in der Form von Eingriffsschutz und Opfersicherung auslöst.

Neben der Herrschaftsmacht über die Sache steht als weiterer, jedoch nicht konstitutiver Inhalt des Rechts die Verfügungsmacht über das Recht. Diese Verfügungsmacht allein ist es, die eine eindeutige Aussage über die "Dinglichkeit" des Rechts gestattet, indem man auf die von der Mitwirkung eines Dritten unabhängige Möglichkeit der Einflußnahme des Berechtigten auf die Zuweisung abstellt: Dinglichkeit des Rechts ist soviel wie seine Verfügbarkeit aus eigener Machtvollkommenheit des Berechtigten[378].

Dieser doppelte Inhalt des hier als unmittelbares Recht zum Besitz beleuchteten dinglichen Sachherrschaftsrechts des Eigentümers wird uns im folgenden noch näher zu beschäftigen haben.

cc) Dieselben Strukturmomente bestimmen nämlich auch das unmittelbare Recht zum Besitz eines Drittten, das dem bisher unmittelbar zum Besitz berechtigenden Recht des Eigentümers mit dessen Ausübungsüberlassung gegenübertritt.

Übergibt der Eigentümer seine Sache zur Erfüllung eines Schuldverhältnisses einem Dritten, so bildet die dabei vom Eigentümer verlorene und von dem Dritten erworbene Herrschaftsmacht über die Sache auch dann den Zuweisungsgehalt eines eigenen subjektiven Rechts des Dritten an der Sache, wenn der Eigentümer sein Recht an der Sache und mit ihm auch die Verfügungsmacht über dieses Recht weiterhin behält. Für die Entstehung eines solchen unmittelbaren Drittbesitzrechts ist unerheblich, ob der Eigentümer den neuen Besitzer als Mieter, Pächter, Entleiher, Verwahrer, Nießbraucher, Pfandgläubiger oder auch

378) Oben zu Note 7 und 8.

als Käufer oder Schenkungs- oder Vermächtnisnehmer betrachtet. Entscheidend ist nur, daß er selbst tatsächlich Eigentümer der Sache bleibt, sie also nicht oder jedenfalls nicht wirksam veräußert. Es macht also keinen Unterschied , ob die schon mit der Übergabe der Sache kraft der Verfügungsmacht des Eigentümers vollzogene Ausübungsüberlassung des Rechts an den Dritten, wie etwa bei der Überlassung zur Miete, zum Pfand oder zu erst später zu erwerbendem Eigentum, von vornherein gewollt gewesen oder aber nur unfreiwillig durch das Scheitern einer über sie hinaus beabsichtigten Veräußerung des Rechts zustandegekommen ist. Im übrigen ist neben der bisher erwähnten rechtsgeschäftlichen Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts auch seine Ausübungsüberlassung kraft Gesetzes oder kraft Hoheitsaktes zu beachten. Erstere liegt etwa dem Besitzrecht des Geschäftsführers ohne Auftrag und insbesondere des Finders zugrunde. Die letztere kann etwa bei einer Anforderung nach dem Bundesleistungsgesetz praktisch werden; vor allem aber kommt hier die Pfändung durch den Gerichtsvollzieher in Betracht. In all diesen Fällen entsteht ein weiteres subjektives Recht an derselben Sache.

Nicht anders als bei der Veräußerung des Rechts durch die Übereignung der Sache ist ebenso bei seiner Überlassung zur Ausübung weiter auch gleichgültig, ob ein taugliches Schuldverhältnis tatsächlich überhaupt so vorhanden ist, wie es der Eigentümer mit seiner in der Übergabe gelegenen Leistung in Bezug genommen hat. Und ist es vorhanden, ist ohne Belang, ob es in der Folgezeit vollwirksam bestehen bleibt oder aber mit Wirkung ex tunc oder ex nunc wieder aufgelöst wird. Das Sachherrschaftsrecht desjenigen, der die Sache zu nur persönlichem Recht übergeben erhalten hat, beruht ebenso wie ein entsprechendes dingliches Sachherrschaftsrecht nicht auf einem Schuldverhältnis zum Eigentümer, sondern allein auf der Zuweisung der ihm verfügungsweise vom Eigentümer zugewendeten Herrschaftsmacht über die Sache. Darum ist nicht nur das dingliche, sondern auch das persönliche Recht zum Besitz "absolutes" und nicht "relatives" subjektives Recht[379], so daß das "absolute" Eigentumsrecht immer nur

379) Dies vor allem gegen Diederichsen; oben bei Note 312/3.

durch gleichfalls "absolutes" Drittrecht beschränkt wird[380]. Und darum sind Ausübungsüberlassung und Belastung des Eigentums überall dasselbe, mag man dann auch wieder zwischen der Ausübungsüberlassung zu persönlichem oder dinglichem Drittrecht, zwischen persönlicher oder dinglicher Belastung zu unterscheiden haben: Nämlich konstitutive Rechtsübertragung, die auch bei der Ausübungsüberlassung zu nur persönlichem Recht des Dritten nicht auf dessen Innenverhältnis zum Eigentümer beschränkt ist[381]. Und darum kann schließlich die eigenmächtige Besitzergreifung durch den Dritten niemals zur Begründung eines Besitzrechts führen, wobei es auch insoweit auf ein den Eigentümer zur Überlassung und Belassung der Sachherrschaft verpflichtendes Schuldverhältnis nicht ankommt[382]. Damit ist nicht allein der Pfandgläubiger unmittelbar besitzberechtigt auch dann, wenn die der Pfandbestellung zugrunde gelegte Sicherungsabrede schon gar nicht wirksam zustandegekommen oder doch nachträglich wieder aufgehoben worden ist. In derselben Weise unabhängig von dem zugrunde gelegten Schuldverhältnis unmittelbar zum Besitz berechtigt ist auch der Mieter. Daß der Mietvertrag in Wahrheit bereits von vornherein gescheitert oder aber später angefochten oder gekündigt worden ist, läßt also sein Besitzrecht unberührt.

---

380) Damit entfällt das Argument (Raiser oben zu Note 309), ein nur persönliches subjektives Recht zum Besitz könne das Eigentumsrecht nicht zurückdrängen. Daß es zu einer solchen Beschränkung des Eigentumsrechts wiederum des Herrschaftsrechts eines Dritten bedarf, wird im Anschluß an Scherk von Diederichsen zwar richtig gesehen (oben zu Note 310); unzutreffend ist aber, wenn er das persönliche Drittbesitzrecht als "relatives" Recht bezeichnet.

381) Dies wiederum gegen Diederichsen; oben bei Note 297.

382) Demgegenüber wird, wie in der älteren Lehre (oben zu Note 284), auch heute noch vertreten, die Art der Besitzbegründung sei für die Entstehung des Drittbesitzrechts gleichgültig; so etwa Westermann, Sachenrecht § 30 II 3. Auch nach Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 IV 1 a und Diederichsen, Recht zum Besitz 113 steht die eigenmächtige Besitzergreifung der Entstehung eines Rechts zum Besitz nicht entgegen. Da Raiser (oben zu Note 294) jedoch ebenso wie Raape (oben zu Note 291) und Scherk (oben zu Note 296) die Übergabe als besitzrechtsbegründende Verfügung über das Eigentumsrecht qualifiziert, muß er den Besitzrechtstatbestand für den Fall eigenmächtiger Besitzergreifung seitens des Dritten besonders erweitern. Das leuchtet ebenso wie in dem vergleichbaren Fall einer Rückbehaltungsbefugnis des Besitzers nicht ein. Ebensowenig überzeugend Diederichsen, der deshalb auch die eigenmächtige Besitzergreifung für die Begründung eines Drittbesitzrechts ausreichen lassen will, weil schon die Begründung des Schuldverhältnisses eine - durch die Erlangung des Besitzes zu vervollständigende - Verfügung über das Eigentumsrecht darstelle (oben zu Note 298). Alle diese Ansichten laufen im Ergebnis darauf hinaus, mit einem falsch verstandenen Besitzrechtsbegriff das Verbot der Eigenmacht zu durchbrechen, und

Was dennoch das einem Mieter, Pächter, Entleiher oder Verwahrer zugedachte unmittelbare Besitzrecht von demjenigen eines Nießbrauchers oder Pfandgläubigers unterscheidet, ist die fehlende Verfügungsmacht des Berechtigten über sein Recht[383]. Das dem zur Ausübung überlassenen Eigentum gegenübertretende Recht bleibt hier also, und darin besteht der Sinn dieser Unterscheidung, ganz auf die Person seines Trägers zugeschnitten. Soll es dennoch auf einen dritten übertragen werden, bedarf dies immer der Zustimmung des Eigentümers (§ 185 BGB)[384]. Will der Entleiher an seiner Statt einen anderen in das Leihverhältnis einrücken lassen und zu diesem Zweck, rechtlich betrachtet, sein Besitzrecht veräußern, oder will der Mieter sein Besitzrecht durch Untervermietung einem anderen zur Ausübung überlassen, ist er auf die Mitwirkung des Eigentümers angewiesen. Andernfalls ist der neue Besitzer nicht zum Besitz berechtigt. Dagegen können der Nießbraucher und der Pfandgläubiger ihr Recht, wennschon nur innerhalb bestimmter Grenzen, ohne die Zustimmung des Eigentümers auf jeden beliebigen Dritten übertragen: Sei es, wie der Nießbraucher nur durch eine Überlassung zur Ausübung, sei es, wie der Pfandgläubiger, auch durch eine Veräußerung. Veräußert der Pfandgläubiger sein Pfandrecht durch die Zession der gesicherten Forderung an einen anderen, oder überläßt der Nießbraucher eines Grundstücks sein Recht einem anderen durch Verpachtung zur Ausübung, erlangt auch der neue Besitzer wieder ein unmittelbares Recht zum Besitz, ohne daß der Eigentümer zugezogen werden müßte.

So betrachtet ergibt sich auch, daß man von einer "Verdinglichung" relativer oder obligatorischer Recht zu absoluten Rechten durch Einräumung des Besitzes[385] in Wahrheit nicht sprechen kann. Denn wenn auch das persönliche unmittelbare Recht zum Besitz ein Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer und damit auch keinen aus einem Schuldverhältnis erwachsenen Anspruch oder ein an einem derartigen Anspruch bestehendes Forderungsrecht voraussetzt,

383) So schon oben Note 8.

384) Das in dieser Schärfe erstmals herausgestellt zu haben, bleibt das Verdienst von Raape; oben zu Note [illegible].

385) Oben zu Note 316/7.

lassen diese sich eben auch nicht in irgendeiner Weise verdinglichen. Was hier mit "Verdinglichung" tatsächlich gemein ist, erschöpft sich darin, daß der neue Besitzer auch bei der Ausübungsüberlassung des Eigentums zu nur persönlichem unmittelbarem Drittbesitzrecht mit der Herrschaftsmacht über die Sache ein Herrschaftsrecht an der Sache erwirbt, das als solches notwendig absoluter Natur ist. Wirklich einer Verdinglichung fähig ist nur ein derartiges an und für sich schon absolutes Sachherrschaftsrecht. Dazu bedarf es statt der Einräumung der Herrschaftsmacht über die Sache der Verleihung von Verfügungsmacht über dieses Recht. In dem Schlagwort von der "Verdinglichung" relativer oder obligatorischer Rechte wird mit anderen Worten auf eine vermeintliche "Verabsolutierung"[386] abgehoben und die Absolutheit eines Rechts mit seiner Dinglichkeit verwechselt.

Gerade im Hinblick auf diesen weithin üblichen, jedoch unkritischen Sprachgebrauch[387] müssen Absolutheit und Dinglichkeit eines Rechts scharf auseinandergehalten werden. Beide Begriffe sind bei exakter Sinngebung alles andere als synonym. Die Absolutheit des Rechts ergibt sich daraus, daß der Berechtigte in der Ausübung seines Rechts von der Vermittlung eines Dritten unabhängig ist. Das setzt die Zuweisung der Herrschaftsmacht über die Sache voraus. Dinglichkeit des Rechts dagegen bedeutet, wie ebenfalls noch einmal zu betonen ist, daß sein Inhaber ohne die Mitwirkung eines Dritten über das Recht selbständig verfügen kann. Darum hat sie ihren Sitz in der dem Berechtigten verliehenen Verfügungsmacht über das Recht. Alle dinglichen Rechte an einer Sache sind auch absolute Rechte. Aber nicht alle absoluten Rechte an einer Sache sind auch dingliche Rechte. Sie können vielmehr auch nur persönliche Rechte sein.

Wenn man heute sagt, die Ausübungsüberlassung sei bei allen Herrschaftsrechten für zulässig zu erachten[388], ist uns dies nun am Beispiel des Eigentumsrechts vollends unzweifelhaft geworden:

386) So auch ausdrücklich Westermann; oben Note 317.

387) Darüber wieder oben zu Note 6 und 8.

388) Larenz; oben Note 281. Vgl. auch wieder oben Note 364.

Überläßt der Eigentümer sein Recht einem Dritten zur Ausübung, entsteht ein neues und selbständiges, nur persönliches oder aber beschränkt dingliches Sachherrschaftsrecht des Dritten. Dieses Recht leitet sich aus dem überlassenen Eigentumsrecht ab und setzt damit dessen Natur als Herrschaftsrecht notwendig voraus. Auf solche Weise ergibt sich eine bei dinglichem und persönlichem Drittrecht einheitliche Lösung für das rechtlich geordnete Nebeneinander von Eigentum und berechtigtem Besitz: Sowohl der nichtbesitzende Eigentümer als auch der besitzende Dritte haben beide ein Herrschaftsrecht an derselben Sache[389].

dd) Mit der hier entwickelten Verdinglichung des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Sachherrschaftsrechts haben wir den Prozeß angesprochen, dem die verschiedenen Typen des dinglichen Herrschaftsrechts an einer Sache bis hin zum Eigentumsrecht ihre Entstehung verdanken.

---

389) Das Gesetz geht bei der Belastung oder - was eben dasselbe ist - der Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts gleichfalls davon aus, daß ebenso wie das Eigentumsrecht auch das Drittrecht wieder ein Recht an der Sache ist. Bei der Belastung oder Ausübungsüberlassung sonstiger subjektiver Rechte, insbesondere bei der Regelung von Nießbrauch und Pfandrecht, redet es dagegen von "Rechten an Rechten" (§§ 1068 Abs. 1, 1273 Abs. 1 BGB). In der sich daran anknüpfenden berühmten Kontroverse, ob Gegenstand der "Rechte an Rechten" tatsächlich das belastete Recht selbst oder aber in Wahrheit der Gegenstand dieses Rechts ist, besteht heute jedenfalls so weit Einigkeit, daß das Tochterrecht von derselben Struktur ist wie das belastete Mutterrecht: v. Tuhr, Allgemeiner Teil I § 6 VI, II 1 § 45 II 1 und 2; Heck, Sachenrecht § 120; Wolff-Raiser, Sachenrecht §§ 120 I, 175 I; Westermann, Sachenrecht § 136 I 2; Baur, Sachenrecht § 60 I; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil § 77 I 5; Larenz, Allgemeiner Teil § 19 I 10; Dulckeit, Verdinglichung 53 ff.; vgl. auch oben Note 287 und 366. Diese Kontroverse macht es wegen ihrer Rückwirkung auf die Frage der Belastung oder Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts erforderlich, das hier gefundene Ergebnis besonders zu betonen: Zugewiesen wird einem subjektiv Berechtigten immer nur die Herrschaftsmacht über einen Gegenstand, nicht aber dieser Gegenstand oder das an diesem Gegenstand bestehende subjektive Recht (oben Note 3). Wie das Eigentumsrecht, ist entsprechend auch das mit dessen Ausübungsüberlassung zu dinglichem oder auch nur persönlichem Drittrecht entstandene subjektive Tochterrecht wieder ein Herrschaftsrecht an der Sache.

Dieser Prozeß wird vor allem an der Übertragung des Eigentumsrechts anschaulich. Das Eigentumsrecht kann als unmittelbares Recht zum Besitz einem Dritten zu seinerseits unmittelbarem und zunächst nur persönlichem Besitzrecht zur Ausübung überlassen werden. Dies ist, wie schon dargetan, etwa bei der Übergabe der Sache zur Miete oder zur Verwahrung, aber auch dann der Fall, wenn eine über die Übergabe hinaus beabsichtigte Bestellung eines Nießbrauchs- oder Pfandrechts an der Sache oder eine über die Übergabe hinaus sogar beabsichtigte Veräußerung des Rechts durch Übereignung der Sache fehlgeschlagen oder doch noch nicht vollendet ist. Das Eigentumsrecht kann aber dem Dritten auch zu beschränkt dinglichem Besitzrecht ausübungsweise überlassen werden. Hierzu bedarf es einer Erweiterung der Übergabe der Sache zur wirksamen Bestellung eines solchen Drittrechts dadurch, daß dem Dritten beschränkte Verfügungsmacht über sein mit der Übergabe selbst zunächst nur als persönliches Sachherrschaftsrecht entstandenes Drittbesitzrecht verliehen wird. So liegt es bei der wirksamen Bestellung eines Nießbrauchs- oder Pfandrechts. Schließlich kann die Übergabe der Sache vollends dahin erweitert werden, daß der Dritte die unbeschränkte Verfügungsmacht über das schon mit der Übergabe erlangte, aber auch insoweit zunächst eben wieder nur persönliche Sachherrschaftsrecht verliehen bekommt. Dann schlägt die Überlassung des Eigentumsrechts zur Ausübung in seine wirksame Veräußerung zu unbeschränkt dinglichem Besitzrecht des Dritten, nämlich in die Übereignung der Sache um: Der Dritte wird neuer Eigentümer; das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis fällt weg.

Derselbe Prozeß, der über die Teilverdinglichung des zunächst nicht mehr als persönlichen unmittelbaren Sachherrschaftsrechts des Erwerbers zu einem beschränkt dinglichen Sachherrschaftsrecht schließlich in seine Vollverdinglichung zum unbeschränkt dinglichen Eigentumsrecht mündet, kann auch in umgekehrter Richtung verlaufen. Auch das ist schon gesagt worden. Fällt das auf den Dritten übergegangene Eigentumsrecht, etwa durch Anfechtung oder durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung, später mit Wirkung ex tunc oder ex nunc wieder an den Veräußerer zurück und entsteht damit das Eigentümer-Besitzer-

Verhältnis neu, so verliert der Erwerber zwar die unbeschränkte Verfügungsmacht über sein Sachherrschaftsrecht, nicht aber auch dieses selbst. Er behält also immer noch ein unmittelbares, wenn auch nicht länger unbeschränkt dingliches, sondern nur noch persönliches Recht zum Besitz: Das zunächst veräußerte Eigentumsrecht bleibt wenigstens zu persönlichem Besitzrecht zur Ausübung überlassen. Erlischt das Nießbrauchs- oder Pfandrecht des Dritten mit Wirkung ex tunc oder ex nunc, also etwa durch Anfechtung oder durch Begleichung der gesicherten Schuld bzw. Zeitablauf, verliert der Dritte die beschränkte Verfügungsmacht über das Sachherrschaftsrecht, wiederum nicht aber auch dieses selbst. Auch dann also bleibt ihm das Eigentumsrecht zwar nicht länger zu beschränkt dinglichem, wohl aber immer noch zu persönlichem unmittelbarem Besitzrecht ausübungsweise überlassen. Zu solchem auch nur persönlichem Besitzrecht ist ihm das Eigentumsrecht erst dann nicht mehr ausübungsweise überlassen, wenn er die ihm zunächst wirksam übereignete oder zum Nießbrauch oder Pfand überantwortete oder auch die ihm von vornherein nur zur Miete oder Verwahrung übergebene oder schon anfänglich unwirksam übereignete, zum Nießbrauch ausgehändigte oder verpfändete Sache dem Eigentümer wieder zurückgegeben hat.

Hiernach kann die Betrachtung bei dem für sich genommen gewissermaßen farblosen, persönlichen unmittelbaren Sachherrschaftsrecht ansetzen. Dieses Sachherrschaftsrecht wird durch eine in ihrem Ausmaß typenspezifische Verdinglichung zum einzelnen Typus des dinglichen Rechts an der Sache. Ein solches Recht wiederum verwandelt sich mit seiner Entdinglichung in ein nur noch persönliches Sachherrschaftsrecht zurück.

ee) Liegt in der Übergabe der Sache als solcher schon eine Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts zu wenigstens persönlichem unmittelbarem Besitzrecht des Erwerbers, ist die Übergabe entgegen der herrschenden Meinung keineswegs regelmäßig als bloßer "Realakt" und nur, wenn gemäß § 854 Abs. 2 BGB nicht "körperlich" vollzogen als

Rechtsgeschäft anzusehen[390]. Sie stellt vielmehr immer ein Rechtsgeschäft dar: nämlich eine Einigung der Beteiligten und eine Verfügung des Leistenden über sein bis dahin unmittelbar zum Besitz berechtigendes Eigentumsrecht[391]. Allerdings ist diese die berechtigte Herrschaftsmacht über die Sache einräumende Übergabe nur schlichte Einigung und die Verfügung des Leistenden nur eine schlichte Verfügung. Qualifizierte Einigung der Beteiligten und qualifizierte Verfügung des Leistenden ist dagegen die hiervon zu unterscheidende Einigung, welche das auf solche Weise entstandene, zunächst nur persönliche Herrschaftsrecht des Erwerbers durch die Verleihung von beschränkter oder sogar der vollen Verfügungsmacht über das Recht teilweise bzw. voll verdinglicht. Das bedeutet, daß - anders als die Ausübungsüberlassung des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts zu nur persönlichem Drittrecht - seine Ausübungsüberlassung zu beschränkt dinglichem Recht und vollends seine Veräußerung zu unbeschränkt dinglichem Recht des Erwerbers eine doppelte, nämlich eben eine schlichte und eine qualifizierte Einigung der Beteiligten erfordert.

Das uns in dieser Unterscheidung von schlichter und qualifizierter Einigung, schlichter und qualifizierter Leistung erneut begegnende Gefälle in der Höhe der Gültigkeitsanforderungen an das Verfügungsgeschäft[392] ist nach dem schon Gesagten ohne Schwierigkeiten zu verstehen. Der Eigentümer, der jemandem seinen Schmuck in Verwahrung gibt oder sein Grundstück zur Miete überläßt, weiß damit,

390) Dazu statt aller übrigen Wolff-Raiser, Sachenrecht § 11 I und II m.w.Nachw. In Festschr. Wolff 138 (oben Note 294) behandelt Raiser aber die besitzrechtsbegründende Übergabe einer Sache als Verfügung über das Eigentumsrecht.

391) Treffend daher Scherk (oben zu Note 296), Raape (oben zu Note 291) und Raiser (oben zu Note 294 und vorige Note). Vgl. auch oben Note 382.

392) Vgl. schon oben bei Note 167 bis 169. Dort hatten wir die qualifizierte und die schlichte Leistung am Beispiel der Veräußerung des Eigentums durch die Übereignung der Sache einerseits und die Vermietung der Sache andererseits einander gegenübergestellt. Hier dagegen ist zu zeigen, daß das für die Veräußerung des Eigentums durch die Übereignung der Sache und für seine Ausübungsüberlassung durch die Bestellung eines dinglichen Drittrechts an der Sache erforderliche qualifizierte Gesamtgeschäft der Beteiligten in ein qualifiziertes und ein schlichtes Leistungsgeschäft zerfällt.

daß der neue Besitzer die erworbene berechtigte Sachherrschaft nicht aus eigener Machtvollkommenheit und mit den Eigentümer bindender Wirkung einem anderen zuwenden kann. Dementsprechend läßt sich hier so lange noch von einer - wennschon nur schlichten - Verfügung über das Recht sprechen, als der Eigentümer seine Sachherrschaft nur überhaupt selbst bewußt und gewollt aufgibt. Eine solche Leistung schlägt erst mit der Überschreitung der Grenze zum Abhandenkommen der Sache in einen Eingriff in das Recht um.

Anders, wenn der Eigentümer über die bloße Übergabe der Sache hinausgeht und etwa zur Erfüllung einer Sicherungsvereinbarung einem Dritten an dem Schmuck ein Pfandrecht bestellt oder das Grundstück zur Erfüllung eines Kaufs einem Dritten übereignet. Dann nämlich umfaßt die Übertragung neben der Einräumung der berechtigten Herrschaftsmacht über die Sache auch die Verleihung von Verfügungsmacht über das damit erworbene Recht. Mit anderen Worten, dann schließt sie von vornherein ein, daß der Erwerber selbständig und mit bindender Wirkung für den Eigentümer die gesicherte Forderung abtreten und dadurch die Pfandsache in andere Hände gelangen lassen bzw. das Grundstück seinerseits weiterübereignen oder etwa auch einem anderen zur Pacht überlassen kann. Insoweit, aber auch nur insoweit, ist darum mit den besonderen Gültigkeitsanforderungen an das qualifizierte Verfügungsgeschäft eine erhöhte Sicherung des leistenden Eigentümers geboten.

Dieses durch den doppelten Inhalt dinglicher Sachherrschaftsrechte bedingte zweigliedrige Gesamtgeschäft tritt wenigstens bei der Übertragung des Eigentums an Fahrnis auch im Gesetz klar in Erscheinung. So bei der Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts zu beschränkt dinglichem Recht des Erwerbers, wie etwa bei der Bestellung eines Nießbrauchs oder Pfandes an der Sache (§§ 1032 Satz 1, 1205 Abs. 1 Satz 1 BGB). Und so vor allem auch bei der Veräußerung des Eigentumsrechts zu unbeschränkt dinglichem Recht des Erwerbers durch die Übereignung der Sache (§ 929 Satz 1 BGB): Mit der "Übergabe" der Sache wird aus dem bis dahin unmittelbar zum Besitz be-

rechtigenden Eigentumsrecht in schlichter Einigung ein an und für sich nur persönliches, durch die Zuweisung der Herrschaftsmacht über die Sache konstituiertes unmittelbares Besitzrecht des Erwerbers herausgespalten. Erst die über die "Übergabe" hinausgehende und vom Gesetz allein als "Einigung" bezeichnete weitere, dieses Recht nur teilweise oder aber voll verdinglichende qualifizierte Einigung verleiht dem neuen Besitzer auch Verfügungsmacht über sein Recht - also die Einigung darüber, daß ihm das Recht als Nießbrauchs- oder Pfandrecht oder als Eigentumsrecht zustehen soll. Dabei erlangt er die Verfügungsmacht in der Weise, daß der sein eigenes Recht übertragende Eigentümer die Verfügungsmacht über das Eigentumsrecht entweder vervielfältigt oder ganz aufgibt. Wenn es sich aber um ein aus einer schlichten und einer qualifizierten Einigung zusammengesetztes Gesamtgeschäft handelt, können wir nicht der hier üblichen Entgegensetzung von "Übergabe"und "Einigung" als eines tatsächlichen und eines rechtsgeschäftlichen Moments eines Doppelaktes zustimmen[393]. Im übrigen ist dieselbe doppelte Einigung in Wahrheit

393) So mit der herrschenden Meinung beispielsweise Baur, Sachenrecht § 51 I 1, während bei Wolff-Raiser, Sachenrecht § 66 I 1 die Betonung darauf gelegt wird, daß "Übergabe" und "Einigung" gerade zusammengenommen einen Vertrag bilden. Vollends unhaltbar ist es, wenn Westermann, Sachenrecht § 37, 1 die "Übergabe" als "Vollziehungsmoment" der als "Willensmoment" bezeichneten "Einigung" gegenüberstellt. Von einer Vollziehung oder Invollzugsetzung kann man nur im Hinblick auf ein durch "Übergabe" und "Einigung" zusammengenommen zu erfüllendes Schuldverhältnis sprechen.

Die Aufgliederung des Gesamtgeschäfts in ein schlichtes und ein qualifiziertes Rechtsgeschäft wird im übrigen dort besonders deutlich, wo das mit der Übergabe der Sache entstandene und zunächst nur persönliche Sachherrschaftsrecht des Erwerbers erst später auch, wie bei der Veräußerung durch Übereignung, voll oder, wie bei der Bestellung eines beschränkt dinglichen Drittrechts, teilweise verdinglicht wird. So, wenn der Erwerber, dem die Sache zuerst nur leihweise "übergeben" worden war (schlichte Einigung), sie kraft späterer "Einigung" der Beteiligten fortan als Eigentümer oder Pfandgläubiger behalten darf (qualifizierte Einigung); §§ 929 Satz 2, 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Wo die Sache dem unmittelbar zum Besitz berechtigten Eigentümer verlorengegangen und noch nicht wieder gefunden worden oder wo sie ihm gestohlen worden und damit in den Besitz eines Dritten gelangt ist, soll nach herrschender Ansicht für die Übereignung der Sache die (qualifizierte) "Einigung" im Sinne von § 929 Satz 1 BGB allein genügen: Wolff-Raiser aaO § 67 II 2; Westermann aaO

aber auch bei der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gegeben: Also auch bei der Ausübungsüberlassung des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts an dem Grundstück zu beschränkt dinglichem Recht des Erwerbers, wie etwa im Falle der Bestellung eines Nießbrauchs, und vor allem auch wieder bei seiner Veräußerung zu unbeschränkt dinglichem Recht des Erwerbers durch seine Übereignung. Zwar verlautbart dort das Gesetz, von der uns nicht interessierenden Eintragung im Grundbuch abgesehen, ausschließlich die verdinglichende, qualifizierte "Einigung" oder "Auflassung" (§§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 Satz 1 BGB). Aber auch dann ist die Übertragung des Eigentumsrechts in Wirklichkeit nur dann vollständig vollzogen, wenn auch schon die in der Übergabe des Grundstücks gelegene schlichte Einigung der Beteiligten vorliegt. Denn soll der Erwerber ein dingliches Grundstücksrecht erlangen, muß ihm außer Verfügungsmacht über dieses Recht notwendig auch die berechtigte Herrschaftsmacht über das Grundstück, das Recht an dem Grundstück als solches, zugewendet werden. Die herrschende Ansicht

---

§ 41 II 3 und 4 b; Raur aaO § 51 VI 1 b. Dabei wird diese Frage allerdings im Rahmen der Auslegung von § 931 BGB erörtert. Jedoch zu Unrecht: Es kann sich schon von vornherein nur um eine erweiternde Auslegung von §929 Satz 1 BGB handeln. Denn ebenso wie der zur Übergabe der Sache fähige Eigentümer ist auch der Eigentümer, der die Herrschaftsmacht über seine Sache unfreiwillig verloren hat, noch unmittelbar zum Besitz berechtigt. Dementsprechend bedarf es auch hier zur Übereignung der Sache wieder einer doppelten Einigung: Nämlich einmal einer der "Übergabe" entsprechenden schlichten Einigung, die zunächst nur ein persönliches Recht des Erwerbers zum Besitz entstehen läßt. In einem solchen Fall spricht man meist von der einem Dritten für die (gegenwärtige oder künftige) Vindikation erteilten "Einziehungsermächtigung". Zum andern bedarf es einer dieses Recht zum Besitz verdinglichenden, qualifizierten "Einigung". Damit ergibt sich dann der schon (oben zu Note 65) erwähnte Fall, daß der Herausgabeanspruch mit dem Recht, aus dem er fließt, auf einen neuen Eigentümer übergeht. Unter denselben Voraussetzungen muß für die Bestellung eines beschränkt dinglichen Drittrechts - also sofern man dies hier überhaupt für zulässig erachtet, beispielsweise auch für die Verpfändung der Sache - entsprechendes gelten: § 1205 Abs.1 Satz 1 BGB analog.

Soll die Sache dem Dieb übereignet oder etwa auch wieder verpfändet werden, sind trotz ihres Wortlauts aus den gleichen Gründen nicht die §§ 929 Satz 2, 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB, sondern wiederum die §§ 929 Satz 1, 1205 Abs. 1 Satz 1 BGB analog heranzuziehen. Denn auch dann bedarf es außer der Verdinglichung des Sachherrschaftsrechts des Erwerbers durch eine qualifizierte "Einigung" zunächst einmal eines solchen Rechts selbst. Dieses aber entsteht erst durch eine der "Übergabe" entsprechende schlichte Einigung, die den nichtberechtigten Besitz mit Wirkung ex nunc in berechtigten Besitz verwandelt.

trägt dem dadurch Rechnung, daß sie der "Auflassung" oder sonstigen qualifizierten "Einigung" im Wege der Auslegung zugleich die in der Übergabe gelegene schlichte Einigung entnimmt[394].

Umgekehrt aber bleibt dort, wo die Übertragung des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts zu dinglichem Recht des Erwerbers an den Anforderungen an Geltung und Bestand der qualifizierten, verdinglichenden Einigung scheitert, immer noch eine schlichte Einigung der Beteiligten in Gestalt der Übergabe und mit ihr eine schlichte Leistung des Eigentümers übrig. Wo die Veräußerung des Eigentumsrechts zu unbeschränkt dinglichem unmittelbaren Besitzrecht im Wege der Übereignung der Sache oder wo seine Ausübungsüberlassung zu beschränkt dinglichem unmittelbarem Drittbesitzrecht mittels der Bestellung eines entsprechenden typengebundenen Sachherrschaftsrechts nicht zustandekommt oder auch nachträglich wieder entfällt, ist darum dem Erwerber, der die Sache vom Eigentümer in Empfang genommen hat, das Eigentumsrecht doch wenigstens zu persönlichem unmittelbarem Drittbesitzrecht ausübungsweise überlassen. Diese Abstufung ist für die funktionsgerechte Eingrenzung der Vindikationshaftung auf den Eingriffsschutz des Eigentumsrechts von grundlegender Bedeutung. Wer in aller Arglosigkeit mit einem unerkennbar geisteskranken oder wegen Verschwendung entmündigten Grundstückseigentümer einen Übereignungsvertrag abgeschlossen und das Grundstück von ihm übergeben erhalten hat, kann nicht demjenigen gleichgestellt werden, der sich unerlaubt auf einem fremden Grundstück breitgemacht hat. Wer sich eine Sache von deren Eigentümer hat zum Pfande geben lassen, verdient auch dann nicht dieselbe rechtliche Behandlung wie ein Dieb, wenn der Verpfänder die Pfandbestellung später etwa deshalb wirksam anficht, weil er die bereitgestellte Sache mit einer anderen verwechselt hatte. Diese Zielsetzung ist aber nur in der Einsicht zu verwirklichen, daß hier die Voraussetzungen für die Nichtigkeit und Vernichtbarkeit eines Rechtsgeschäfts zwar das qualifizierte,

394) Hierzu statt aller Wolff-Raiser aaO § 11 II: unkörperliche Übergabe gemäß § 854 Abs. 2 BGB.

nicht aber das schlichte Rechtsgeschäft erreichen[395].

Eine entsprechende Beurteilung ist darüber hinaus auch für einen Besitzer angebracht, der vom Eigentümer in das Grundstück als Mieter eingewiesen worden ist und es nicht auf eigene Faust in Beschlag genommen hat, mag der Mietvertrag auch nicht wirksam zustandegekommen sein; oder auch für einen Besitzer, der vom Eigentümer ein Buch leihweise ausgehändigt erhalten, es also nicht einfach entwendet hat, mag die vereinbarte Leihfrist mittlerweile auch abgelaufen sein. Denn auch dann liegt eine wirksame, wennschon nur schlichte Einigung der Beteiligten und eine schlichte Leistung des Eigentümers, nicht aber ein Eingriff in dessen Recht vor. Dem ist auch nicht durch die Behauptung auszuweichen, das in der Übergabe gelegene Verfügungsgeschäft sei "kausaler" Natur, um so hier die Verfügungswirkungen zu leugnen oder wieder zu beseitigen und damit eine Vindikationslage anzunehmen[396]. Hier so wenig wie auch sonst ist die Einwirkung auf die von einer Schuldbeziehung des Eigentümers zu Dritten unabhängige Eigentumszuweisung ihrerseits von einer solchen Schuldbeziehung abhängig[397]. Vollends abwegig ist es, sogar schon den Abschluß eines Schuldvertrages als eine Verfügung über das Eigentumsrecht zu deuten, auch wenn es zu deren rechtlicher Vollendung darüber hinaus noch der Besitzergreifung seitens des Dritten bedürfen soll[398]. So notwendig die Entstehung einer Besitzrechtslage, sieht man von einer Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts kraft Gesetzes oder kraft Hoheitsakts ab, immer eine Übergabe der Sache erfordert, so ist diese Übergabe doch in ihrer Wirksamkeit an kein

395) Anders ausgedrückt: Selbst wenn sich der Bereich des Rechtsgeschäfts entgegen der herrschenden Meinung auch auf das von uns sogenannte schlichte Geschäft erstreckt, ist darum - in sachlicher Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht - § 139 BGB hier gleichwohl nicht anwendbar.

396) So aber ausdrücklich oder, weil das persönliche Drittbesitzrecht von einem vollwirksamen Schuldverhältnis abhängig sein soll, jedenfalls im Ergebnis Raape (oben zu Note 291), Scherk (oben zu Note 296) und Raiser (oben zu Note 294).

397) Vgl. dazu allgemein sowie zu dem und gegen den Versuch, die Verfügung entsprechend auch im Bereich der Verwertungsleistung kausal auszugestalten, oben zu Note 84 und Note 162 und 164.

398) So jedoch Diederichsen; oben zu Note 298. Dagegen auch schon oben Note 382.

Schuldverhältnis gebunden.

Damit aber sind die unterschiedlichen Voraussetzungen von Eingriffsschutz und Opfersicherung des Eigentumsrechts klar voneinander abgehoben: In all diesen Fällen hat der Besitzer die Sachherrschaft leistungs- und nicht eingriffsweise erlangt. Darum haftet er dem Eigentümer nicht mit der Eingriffskondiktion (Vindikation), sondern mit der Leistungskondiktion.

ff) Bestimmt man auch das nur persönliche unmittelbare Drittbesitzrecht als Herrschaftsrecht an der Sache, muß man denEinwand gewärtigen, die Annahme eines solchen Sachherrschaftsrechts sei mit dem sachenrechtlichen Typenzwang nicht zu vereinbaren[399]. Indes, dieser Typenzwang erstreckt sich in Wahrheit keineswegs auf die Herrschaftsrechte an einer Sache schlechthin. Er betrifft vielmehr allein deren dingliche Erscheinungsformen, in unserem Zusammenhang also nur die dinglichen unmittelbaren Rechte zum Besitz. Der Ausbildung nur persönlicher unmittelbarer Sachherrschaftsrechte steht er nicht entgegen.

Dies ergibt sich aus seinem Zweck. Wie wir gesehen haben, ist prinzipiell jedes zunächst nur persönliche Herrschaftsrecht an der Sache der Verdinglichung fähig. In welchem Grade dies geschieht, hängt vom Umfang der dem Berechtigten verliehenen Verfügungsmacht über das Herrschaftsrecht ab und erreicht schließlich im Eigentumsrecht sein größtmöglichstes Ausmaß. Wer nun ein dingliches Sachherrschaftsrecht erwerben will, hat ein legitimes Interesse, den Umfang der dem Berechtigten konkret zustehenden Verfügungsmacht über das Recht genau zu kennen. Denn soweit dem Berechtigten die Verfügungsmacht über das Recht fehlt, muß der Erwerber damit rechnen, daß ihm ein hinter dem Berechtigten hervortretender Dritter kraft seines Rechts an derselben Sache die erlangte Herrschaftsmacht über die Sache mit Erfolg

399) Das Folgende richtet sich wenigstens indirekt auch wieder gegen Diederichsen, der dieser Frage mit der Annahme eines "Zwischentypus" des subjektiven Rechts in Gestalt eines "relativen Herrschaftsrechts" ausweicht; oben zu Note 312/3.

streitig macht. Der im Gesetz niedergelegte sachenrechtliche Typenzwang trägt nun diesem Bedürfnis Rechnung: Eine Verdinglichung des Sachherrschaftsrechts wird nur im Rahmen einiger weniger, von vornherein allgemeinverbindlich fest umrissener Verkehrsmuster für den Umfang der dem Berechtigten im jeweiligen Einzelfall verliehenen Verfügungsmacht zugelassen. Auf diese Weise verwandelt sich das zunächst nicht mehr als persönliche und, wie schon gesagt, für sich genommen noch gewissermaßen farblose Sachherrschaftsrecht in einen spezifischen Typus des dinglichen Herrschaftsrechts an der Sache: Es entsteht ein bestimmtes, beschränkt dingliches Drittrecht oder schließlich das unbeschränkt dingliche Eigentumsrecht.

Wer also weiß, daß er einen Grundstücksnießbraucher vor sich hat, weiß gerade damit auch, daß ihn dieser seinerseits nicht zum Nießbraucher, wohl aber zum Mieter oder Pächter machen kann, und daß er dann seine von dem Nießbraucher abgeleitete Sachherrschaft auch dem Eigentümer des Grundstücks gegenüber wird behaupten können. Ist dem Nießbraucher die Veräußerung, nicht aber die Ausübungsüberlassung seines Rechts versagt, liegt es beim Pfandrecht grundsätzlich umgekehrt. Wer weiß, daß er es mit einem Pfandgläubiger zu tun hat, weiß damit auch, daß er dessen Pfandrecht erwerben, wenigstens in der Regel aber die Pfandsache nicht zur Miete überlassen oder geliehen bekommen kann, ohne daß ihm der Eigentümer die Herrschaftsmacht über die Sache streitig zu machen vermag. Wer schließlich weiß, daß ihm kein beschränkt dinglich Sachherrschaftsberechtigter, sondern der Eigentümer als der Inhaber des unbeschränkt dinglichen Herrschaftsrechts an der Sache gegenübersteht, kann sich damit auch voll darauf verlassen, daß kein sonstiger Dritter die von diesem Eigentümer erlangte berechtigte Sachherrschaft wieder in Frage stellt.

Wer demgegenüber einen nur persönlich Sachherrschaftsberechtigten wie einen Pächter oder einen Verwahrer vor sich weiß, kann mit überhaupt keiner Verfügungsmacht des Berechtigten über das Recht rechnen, die ihn von diesem die auch gegen den Eigentümer der Sache verteidigbare, berechtigte Sachherrschaft erwerben ließe. Darum ist in-

soweit auch von vornherein kein Verkehrsschutz durch die Typisierung von Verfügungsmacht erforderlich. Wird aber das nur persönliche Sachherrschaftsrecht damit von der Funktion des Typenzwangs überhaupt nicht erreicht, kann seine Anerkennung an diesem Typenzwang auch nicht scheitern. Macht man gleichwohl gegen die Bestimmung auch des nur persönlichen unmittelbaren Drittbesitzrechts als Herrschaftsrecht an der Sache den sachenrechtlichen Typenzwang geltend, verwechselt man nur wieder die Dinglichkeit des Rechts mit seiner Absolutheit. Zwar ist auch das persönliche Recht kraft der Zuweisung der Herrschaftsmacht über die Sache absolutes Recht. Der Typenzwang betrifft aber nur die - erst vermöge von eigener Verfügungsmacht über das Recht - dinglichen Rechte. Nicht die berechtigte Herrschaftsmacht über die Sache, sondern die nach dem Bedürfnissen des Verkehrs typenspezifisch festgelegte Verfügungsmacht über das Recht ist es, die das Sachherrschaftsrecht zum jeweiligen sachenrechtlichen Einzeltypus prägt.

Im übrigen bedeutet ein solcher Typenzwang keineswegs dasselbe wie einen numerus clausus der dinglichen Rechte an einer Sache. Dieser numerus clausus ist gerade in neuerer Zeit mit dem sogenannten Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers[400] in praktisch höchst bedeutsamer Weise durchbrochen worden. Denn dadurch, daß man[401] heute unangefochten dem Vorbehaltskäufer erlaubt, sein "Anwartschaftsrecht" aus eigener Machtvollkommenheit zu übertragen, hat man in Wirklichkeit einem neuen beschränkt dinglichen Sachherrschaftsrecht, einem beschränkt dinglichen unmittelbaren Drittbesitzrecht zur Anerkennung verholfen. Endgültig ausgeformt ist dieser neue sachenrechtliche Typus freilich noch nicht. Denn davon kann erst die Rede sein, wenn der Umfang der einem Vorbehaltskäufer zustehenden Verfügungsmacht über sein Sachherrschaftsrecht einmal verkehrstypisch festgelegt sein wird. Gerade das aber haben Praxis und Lehre bisher noch nicht erreicht. So steht zwar fest, daß der Vorbehaltskäufer

400) Im einzelnen ist darauf hier nicht einzugehen. Aus dem Schrifttum insbesondere: Raiser, Anwartschaften, insbes. 45 ff.; Georgiades, Eigentumsanwartschaft, insbes. 97 ff., 148 ff.; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung (1963/65) I 206 ff.; Baur, Sachenrecht § 59. Bei letzterem eine gute Übersicht über die Judikatur.

401) Seit BGHZ 20, 88 ff.

sein Sachherrschaftsrecht selbst veräußern und hierzu die Sache weitergeben darf. Nicht aber ist auch sicher, ob er es ohne Zustimmung des Eigentümers einem anderen zu persönlichem Recht ausbungsweise überlassen, also die Sache etwa einem Werkunternehmer zur Reparatur aushändigen darf. Der dem Typenzwang zugrunde liegende Gedanke des Verkehrsschutzes wird jedoch die Vollendung der Ausformung dieses neuen Typus eines beschränkt dinglichen Sachherrschaftsrechts durch eine festumrissene Typisierung der dem Berechtigten hier verliehenen Verfügungsmacht über sein Recht erzwingen. Mag der sachenrechtliche numerus clausus also auch den Erfordernissen des Rechtsverkehrs haben nachgeben müssen, der sachenrechtlichen Typenzwang können diese Erfordernisse nicht durchbrechen. Diesen Typenzwang werden sie nur immer wieder neu bewähren. Daran wird sich hier auch dadurch nichts ändern, daß man den wahren Sachverhalt mit dem mehr als zweifelhaften Bild einer "Anwartschaft" des Käufers verschleiert. Denn allein die Tatsache, daß das zunächst nur beschränkt dingliche Sachherrschaftsrecht des Käufers mit der Restzahlung eine Vollverdinglichung zum Eigentumsrecht an der Sache erfährt, kann diese, jedenfalls dogmatisch gesehen, falsche Akzentuierung schlechterdings nicht rechtfertigen.

gg) Wir haben dargelegt, daß jedes unmittelbare Recht zum Besitz als Herrschaftsrecht an der Sache aufzufassen ist: Nicht nur das unbeschränkt dingliche Eigentumsrecht oder ein beschränkt dingliches Drittbesitzrecht, sondern ebenso auch ein mit der bloßen Einräumung der Herrschaftsmacht über die Sache entstandenes, nur persönliches Drittbesitzrecht.

Auch ein solches nur persönliches Drittbesitzrecht bildet kein erst über ein Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer vermitteltes und darum nur mittelbares Herrschaftsrecht an der Sache[402]. Es ist vielmehr ebenso wie das entsprechende dingliche Besitzrecht des Eigentümers oder eines Dritten an kein Schuldverhältnis gebunden und darum gleichfalls nur als unmittelbares Herrschaftsrecht an-

402) So aber Diederichsen; oben bei Note 312.

sprechbar. Daher läßt sich auch nicht behaupten, die Wirkung des persönlichen Besitzrechts beschränke sich auf den Eigentümer und den Besitzer als die Partner eines Schuldverhältnisses[403]. Dasselbe gilt insofern, als dem persönlich besitzberechtigten Besitzer wegen seiner angeblichen Bindung an die Stellung in einem Schuldverhältnis die Sache nur im Verhältnis zum Eigentümer zugeordnet sein soll, so daß man hier auf einen eigengearteten Zwischentypus des subjektiven Rechts, "ein dingliches Recht ohne absoluten Schutz", "ein relatives Herrschaftsrecht über eine Sache" stoßen soll[404].

Halten wir vielmehr, weil damit nun vollends nicht nur die Absolutheit und die Dinglichkeit, sondern auch der Drittschutz des Rechts in unzulässiger Weise zusammengeworfen werden[405], zunächst noch einmal fest: Was gleichermaßen das unbeschränkt oder beschränkt dingliche wie das persönliche unmittelbare Besitzrecht konstituiert, ist die Zuweisung - nicht der Sache, sondern - der Herrschaftsmacht über die Sache[406]. Die Zuweisung solcher Sachherrschaft macht das Recht unabhängig von einem Schuldverhältnis immer zum absoluten Recht an der Sache, mag dieses Recht dann im übrigen auch je nach der dem Berechtigten zustehenden Verfügungsmacht ein dingliches oder nur ein persönliches Recht sein. Darum bedeutet es einen Widerspruch in sich, im gleichen Atemzug sowohl von der Zuordnung oder, wie wir sagen, von der Zuweisung[407], die das Herrschaftsrecht begründet, als auch von der Relativität eines solchen Herrschaftsrechts zu reden. "Relative Herrschaftsrechte", welche einen schuld- und sachenrechtliche Kategorien verbindenden "Zwischentypus" des subjektiven Rechts bilden sollen, gibt es in Wirklichkeit nicht.

Aber fahren wir fort: Die Herrschaftsmacht über die Sache ist überall gleich. Daher kann auch von einer verschieden starken Inten-

403) So jedoch trotz der Annahme eines Herrschaftsrechts an der Sache auch wider Diederichsen; oben zu Note 312.
404) Auch dies aber noch die These von Diederichsen; oben bei Note 312. Hiergegen schon oben zu Note 379. Vgl. auch oben Note 399.
405) Vgl. auch insoweit wieder oben zu Note 6 und 8.
406) Dazu, daß dem subjektiv Berechtigten nicht der Gegenstand des Rechts (hier also die Sache) und auch nicht das Recht an dem Gegenstand, sondern die Herrschaftsmacht über den Gegenstand zugewiesen wird, oben zu Note 3 und zuletzt oben Note 389.
407) Oben zu Note 1.

sität der Sachherrschaft des unmittelbar besitzberechtigten Eigentümers, Pfandgläubigers oder Mieters[408] keine Rede sein. Dieselbe Herrschaftsmacht über die Sache macht aber auch unbeschränkt oder beschränkt dingliches und persönliches unmittelbares Besitzrecht gleichermaßen durch jeden Dritten tatsächlich verletzbar und, soweit Verfügungsmacht gegeben, auf jeden Dritten übertragbar. Daraus ist zu folgern, daß nicht nur das beschränkt dingliche, sondern ebenso auch das nur persönliche unmittelbare Besitzrecht denselben Drittschutz erhalten muß, der dem Eigentum als unbeschränkt dinglichem unmittelbarem Recht zum Besitz zugesprochen wird. Ein solcher Drittschutz besteht einmal in einem Eingriffsschutz bei der Verletzung des unmittelbaren Besitzrechts. Er schließt aber auch eine Opfersicherung des Rechts bei dessen Übertragung ein.

Beginnen wir mit dem Eingriffsschutz. Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß man nach moderner Auffassung den mit dem bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB und mit dem deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB gewährleisteten Drittschutz auch dem nur persönlich unmittelbar Besitzberechtigten zugesteht[409]. Man ist also durchaus auf dem Wege, den überkommenen Unterschied im Eingriffsschutz von unbeschränkt dinglichem Eigentumsrecht und beschränkt dinglichem Drittrecht einerseits und persönlichem Drittrecht andererseits abzubauen. Bei den in dieser Hinsicht bisher vollzogenen Schritten allein kann es aber schwerlich bewenden.

Wenn etwa auch dem Mieter oder dem Entleiher bei einer Verletzung seines Besitzrechts die auf Wertersatz gerichtete Eingriffskondiktion zusteht, ist nicht einzusehen, weshalb er nicht auch die auf Herausgabe gerichtete Eingriffskondiktion soll erheben können. Diese Eingriffskondiktion ist bei einer entsprechenden Verletzung des Eigentums die den allgemeinen Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB verdrängende Vindikation nach § 985 BGB. Bei einer entsprechenden Verletzung eines beschränkt dinglichen Besitzrechts eines Dritten

408) So aber wieder Diederichsen; oben bei Note 312.

409) Nachweise oben Note 315.

die des Nießbrauchs- oder Pfandrechts wird statt auf § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB auf die Vindikation verwiesen (§§ 1065, 1227 BGB i.V.m. § 985 BGB). Daß der Gesetzgeber eine solche Verweisung nicht auch für die persönlichen Besitzrechte ausgesprochen hat, war im Grunde genommen keine eigentliche Sachentscheidung, sondern ist dem damaligen Stande einer Dogmatik zu verdanken, die sich von ihrer hier mehr oder weniger willkürlich differenzierenden historischen Vorlage noch nicht zu lösen vermocht hatte. Dem heutigen Betrachter jedenfalls vermag, wie schon betont, nicht mehr einzuleuchten, weshalb zwar der Nießbraucher, nicht aber auch der Pächter das ihm überlassene Grundstück von einem Eindringling aus eigenem Recht soll wieder herausfordern können. Und ebenso als ein nur zufälliges, nicht aber auch sachgerechtes Ergebnis muß es heute erscheinen, wenn zwar der Pfandgläubiger, nicht aber auch der Verwahrer den ihm anvertrauten Schmuck selbst vom Dieb herausverlangen kann.

Diese Lücken im Rechtsschutz lassen sich ausfüllen, wenn man der Einsicht in die wirkliche Struktur des unmittelbaren Besitzrechts folgt, das auch in seinen nur persönlichen Erscheinungsformen ein subjektives Herrschaftsrecht an der Sache ist. Dann ist der auch einem nur persönlich Besitzberechtigten zu gewährende Herausgabeanspruch wiederum an sich auf § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB zu stützen. Richtiger aber ist es, statt dieser allgemeinen Eingriffskondiktion auch insoweit die besondere Eingriffskondiktion nach § 985 BGB heranzuziehen, indem man den in §§ 1065, 1227 usf. BGB ausgesprochenen Grundgedanken verallgemeinert. Dieses Ergebnis bietet sich um so zwingender an, als auch das Gesetz, wenigstens soweit es sich um Fahrnis handelt, in § 1007 BGB eine auf Herausgabe zielende, besondere Eingriffskondiktion aus dem "vermuteten" Recht zum Besitz vorsieht, ohne dabei zwischen dem Eigentumsrecht, einem beschränkt dinglichen Recht und einem nur persönlichen Recht an der Sache zu unterscheiden. Für das hier erörterte "dargelegte" Recht zum Besitz muß dasselbe gelten.

Deliktsrechtlich ist das unmittelbare Recht zum Besitz nach § 823 Abs. 1 als "Eigentum" oder, wenn es sich um ein persönliches oder dingliches Drittbesitzrecht handelt, als "sonstiges Recht" geschützt. Für den deliktsrechtlichen Eingriffsschutz dieses Rechts ist außerdem aber auch der Anspruch nach § 687 Abs. 2 BGB einschlägig. Zusammengenommen weist damit auch über das Eigentumsrecht hinaus jedes unmittelbare Recht zum Besitz einen vollständigen bereicherungsrechtlichen (§§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, 985 BGB) und deliktsrechtlichen (§§ 823 Abs. 1, 687 Abs. 2 BGB) Eingriffsschutz auf, der auch im Verhältnis eines Drittberechtigten zum Eigentümer nicht versagt.

Persönliches und beschränkt dingliches unmittelbares Drittbesitzrecht sind aber ebenso wie das unbeschränkt dingliche unmittelbar zum Besitz berechtigende Eigentumsrecht auch mit einer bei ihrer Übertragung ausgelösten Opfersicherung bewehrt. Dieser Schutz wird durch die Leistungskond-iktion oder eine sonstige Opferkondiktion gewährleistet. Die Übertragung kann, aus eigener Verfügungsmacht des dinglich Berechtigten oder kraft der Zustimmung des Eigentümers zur Verfügung des nur persönlich Berechtigten nach § 185 BGB wirksam vorgenommen, wieder in einer Veräußerung oder einer Ausübungsüberlassung des Rechts bestehen.

Um eine Veräußerung des unmittelbaren Drittbesitzrechts, die sich der Veräußerung des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts zur Seite stellen läßt, handelt es sich beispielsweise dann, wenn der Pfandgläubiger sein Recht durch Zession der gesicherten Forderung auf einen anderen übergehen läßt oder wenn, etwa im Rahmen eines Tausches, der bisherige Mieter das Grundstück mit Zustimmung des Eigentümers zugunsten eines anderen räumt. Dann steht nunmehr dieser neue Besitzer als unmittelbar Besitzberechtigter dem mittelbar besitzberechtigten Eigentümer gegenüber. Und damit ist jetzt er der mit der Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts entstandenen Opferkondiktion des Eigentümers ausgesetzt. Aber wie bei der Veräußerung des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts werden ebenso bei der Veräußerung des unmittelbaren Drittbesitzrechts

auch noch die Entstehungsvoraussetzungen für einen neuen Opferanspruch des Veräußerers gegen den Erwerber geschaffen. Anders als der Herausgabeanspruch aus dem mittelbaren Recht zum Besitz ist dieser Anspruch wieder kein Anspruch aus einem fortbestehenden Recht, sondern bildet den Gegenstand eines das verlorene Recht ersetzenden Forderungsrechts. Wie der Erwerber des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentums, muß daher auch der Erwerber des unmittelbaren Drittbesitzrechts das Recht wieder auf den Veräußerer zurückübertragen, wenn dieser - beispielsweise wegen Nichtigkeit der zwischen ihnen beiden getroffenen Schuldabrede - mit einem solchen Opferanspruch gegen ihn durchdringt.

Eine Ausübungsüberlassung des unmittelbaren Drittbesitzrechts, die derjenigen des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts vollkommen entspricht, liegt etwa dort vor, wo der Nießbraucher das ihm eingeräumte Grundstück verpachtet, wo der Entleiher das ihm anvertraute Kraftfahrzeug mit Zustimmung des Eigentümers einem Werkunternehmer in Reparatur gibt oder wo der ~~Nießbraucher~~ Pfandrechtsgläubiger oder, wiederum mit der Zustimmung des Eigentümers, der Verwahrer von Wertpapieren diese einem anderen verpfändet. Dann erwirbt auch der neue Besitzer ein sei es beschränkt dingliches oder sei es nur persönliches, immer aber wesensnotwendig absolutes Recht an der Sache[410]. Damit folgen jetzt der bisher erststufig und nunmehr zweitstufig mittelbar besitzberechtigte Eigentümer, der bisher unmittelbar besitzberechtigte Besitzer als nunmehr erststufig mittelbar besitzberechtigter Zwischenmann und schließlich der neue, ebenfalls wieder umfassend drittbeschützte unmittelbar besitzberechtigte Besitzer aufeinander. Und wie der Zwischenmann einer mit der früheren Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts entstandenen Opferkondiktion des Eigentümers, so ist auch wieder der neue Besitzer einer mit der jetzigen Ausübungsüberlassung des Rechts des Zwischenmanns entstandenen Opferkondiktion des Zwischenmanns ausgesetzt. Zu beachten ist, daß das unmittelbare Drittbesitzrecht auch den Eigen-

410) Also allgemein bei jeder Ausübungsüberlassung (Belastung) zu dinglichem oder nur persönlichem Recht des Erwerbers und damit auch im Falle des § 1059 Satz 2 BGB, wo immerhin wenigstens eine Minderansicht annimt, es entstehe eine Art abgeschwächten Rechts des Erwerbers an der Sache: oben Note 280. Vgl. oben zu Note 363/4.

tümer zur Ausübung überlassen werden und daß die Ausübungsüberlassung des noch unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts an einen Dritten mit derjenigen eines unmittelbaren Drittbesitzrechts an den Eigentümer sogar schon gleich von vornherein zusammengezogen werden kann. Ersteres ist etwa gegeben, wenn der Nießbraucher das bereits übernommene Grundstück später den Eigentümer als seinen Pächter bewirtschaften läßt. Ein Beispiel der letzteren Art wäre, daß der zur Abholung des Kraftfahrzeugs erschienene Vorbehaltskäufer die Anzahlung leistet und den Wagen mitnimmt, ihn aber einer gleichzeitig getroffenen Vereinbarung gemäß für den Einbau eines Autoradios noch kurze Zeit beim Händler stehen läßt. In diesen Fällen ist dann der Eigentümer sowohl zweitstufig mittelbar als auch unmittelbar, der Dritte erststufig mittelbar zum Besitz berechtigt[411]).

Mehr noch als um die mit der Veräußerung des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentums- oder Drittbesitzrechts ausgelöste Opferkondiktion ist es uns jetzt vor allem um den Anspruch zu tun, der mit der Ausübungsüberlassung solcher Rechte entsteht. Mit diesem

411) Als Beispiel einer Ausübungsüberlassung des noch unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentums zu beschränkt dinglichem Recht des Dritten, die mit der entsprechenden Ausübungsüberlassung des dann entstehenden Drittrechts an den Eigentümer uno actu zusammengezogen wird, erscheint im Gesetz die Bestellung des Nießbrauchs an Fahrnis mittels einer die gegenläufige Übergabe der Sache unter den Beteiligten ersetzenden "Vereinbarung" nach § 1032 Satz 2 i.V.m. § 930 BGB. Auch dabei sind dieses schlichte Geschäft und das das Recht des Dritten teilweise verdinglichende, wieder allein als "Einigung" bezeichnete qualifizierte Geschäft nach § 1032 Satz 1 BGB voneinander abgesetzt.

Demgegenüber kann das an und für sich zunächst nur persönliche Sachherrschaftsrecht des Dritten aber auch vollständig verdinglicht werden. Dann schlägt die Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts in seine Veräußerung durch die Übereignung der Sache um, wozu es außer der schlichten "Vereinbarung" nach § 930 BGB auch der qualifizierten "Einigung" nach §929 Satz 1 BGB bedarf. Es bleibt also nur noch die Ausübungsüberlassung des unbeschränkt dinglichen Sachherrschaftsrechts des neuen Eigentümers an den alten Eigentümer übrig, womit sich das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis umkehrt.

Vgl. im übrigen oben zu Note 393 und 394.

Anspruch, der in das "Besitzmittlungsverhältnis" und in die "Besitzmittlungskette" hineinführt, werden wir uns noch eingehender auseinandersetzen müssen.

Vorläufig jedoch soll uns erst einmal die hier getroffene Feststellung genügen: Auch über das Eigentumsrecht hinaus ist jedes dingliche oder auch nur persönliche unmittelbare Recht zum Besitz nicht nur mit einem Eingriffsschutz, sondern auch mit einer gleichfalls zum Drittschutz eines solchen Rechts gehörenden Opfersicherung ausgestattet.

hh) In aller Kürze ist noch das Verhältnis zu erwähnen, in dem der Eingriffsschutz des mittelbar besitzberechtigten Eigentümers und der Eingriffsschutz des unmittelbar besitzberechtigten Besitzers zueinander stehen. Dabei spielt zugleich auch wieder die Opfersicherung mit herein.

Den entscheidenden Hinweis auf die Lösung dieser in neuerer Zeit vor allem am Beispiel des sogenannten Anwartschaftsrechts des Vorbehaltskäufers diskutierten Frage[412] gibt die freilich nur sehr unvollkommen gefaßte Vorschrift des § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB. Grundsätzlich kann der mittelbar sachherrschaftsberechtigte Eigentümer, also gerade etwa der Vorbehaltsverkäufer, den Verletzer nur auf die Erstattung einer Bereicherung oder den Ersatz eines Schadens gegenüber dem unmittelbar sachherrschaftsberechtigten Besitzer, also wiederum etwa dem Vorbehaltskäufer, in Anspruch nehmen. Dieser dagegen kann die Bereicherungs- und Schadenshaftung beim Verletzer für sich selbst geltend machen. Der Ausgleich im Innenverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer ist dagegen eine Frage der Opfersicherung des Eigentumsrechts.

Dieselbe ungleichstufige Gesamtgläubigerschaft unter mehreren Sachherrschaftsberechtigten setzt sich entsprechend fort, wenn das unmittelbare Drittbesitzrecht seinerseits wieder einem anderen zur

412) Dazu statt aller übrigen Baur, Sachenrecht § 59 V 5 m.w.Nachw.

Ausübung überlassen wird. Das wird etwa dann praktisch, wenn das vom Vorbehaltskäufer mit Zustimmung des Vorbehaltsverkäufers dem Werkunternehmer in Reparatur gegebene Fahrzeug entwendet oder beschädigt wird.

ii) Zusammenfassend lassen sich die vorstehenden Überlegungen noch einmal auf die einfache Formel bringen, daß die klassische Vorstellung vom "Recht zum Besitz" als dem "rechtlich unterlegten Besitz" nicht trägt. Sie muß konsequent durch den Gedanken ersetzt werden, daß das Recht zum Besitz ein selbständiges subjektives Herrschaftsrecht an der Sache bildet. Hierbei sind Recht zum Besitz und Besitz radikal voneinander zu scheiden.

Unmittelbares Recht zum Besitz mit einem in der Herrschaftsmacht über die Sache bestehenden Zuweisungsgehalt ist zunächst und vor allem das Eigentum als unbeschränkt dingliches Sachherrschaftsrecht. Ein unmittelbares Recht zum Besitz ist weiter aber auch ein aus dem Eigentumsrecht abgeleitetes, nämlich im Wege der Ausübungsüberlassung herausgespaltenes, beschränkt dingliches oder auch nur persönliches Sachherrschaftsrecht eines Dritten. Eine solche Ausübungsüberlassung liegt bereits in der Übergabe der Sache, die schon für sich betrachtet eine Einigung der Beteiligten und für den Eigentümer eine Verfügung über sein Recht darstellt.

Demgegenüber ist der als "unmittelbar" bezeichnete Besitz an einer bestimmten Sache kein subjektives Recht. Dieser Besitz hat zwar die Herrschaftsmacht über die Sache mit dem unmittelbaren Recht zum Besitz gemein. Aber die Sachherrschaft ist hier nicht der Zuweisungsgehalt eines Rechts, sondern das Substrat für den im Besitz gelegenen Niederschlag der Friedensordnung, die im Verbot der Eigenmacht zum Ausdruck gelangt und von der Gesamtheit der Rechtsgenossen getragen wird. Darauf war früher schon hinzuweisen[413]. Dort war

413) Oben bei Note 269/70.
Sofern in dem alten und hier nicht in aller Breite neu aufzurollenden Streit um die Rechtsnatur des Besitzes nicht auch heute noch immer der Besitz selbst mit einem subjektiven Recht an der Sache identifiziert wird, hält man doch nach wie vor Besitz und Recht zum Besitz meistens nicht mit der erforderlichen Schärfe

auch schon hervorzuheben, daß darum der Erwerb des Besitzes stets unabgeleiteter Erwerb ist, mag er nun kraft "Besitzüberlassung" seitens des bisherigen Besitzers, die anders als die "Übergabe" für den Geber keine Verfügung ist, oder aber kraft einseitiger Besitzergreifung durch den jetzigen Besitzer erlangt worden sein[414].

Dies alles zeigt, daß die heute nicht mehr rückgängig zu machende Begriffsbildung "Recht zum Besitz" an sich irreführend ist. Eigentlich irreführend ist in diesem Sinne aber auch die ebenfalls durch den Wortlaut des Gesetzes unterstützte Redeweise vom "Eigentümer-Besitzer-Verhältnis". Denn in diesem Verhältnis geht es genau genommen überhaupt nicht darum, daß Eigentum und immer nur originär erworbener Besitz eines Dritten an derselben Sache einander gegenüberstehen. Gemeint ist vielmehr das Verhältnis des Eigentums an der Sache zu der an einen Dritten abhandengekommenen nichtberechtigten oder einem Dritten zugewendeten berechtigten Herrschaftsmacht über diese Sache, jedenfalls also zu vom Eigentümer derivativ erworbener Sachherrschaft des Dritten.

---

auseinander: Bei Wolff-Raiser, Sachenrecht § 3 III etwa wird der Besitz als vorläufiges subjektives Recht an der Sache bezeichnet; in dem hier vertretenen Sinne dagegen Raiser, Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht, in: Summum ius summa iniuria (1963) 145(154 ff.). Nach Westermann, Sachenrecht § 8, 4 beispielsweise steht der Besitz in der Rechtswirklichkeit einem subjektiven Recht weitgehend gleich. Für Baur aaO § 9 V 1 und 2 wiederum ist der Besitz zwar kein absolutes Recht; er soll aber einem solchen gleichgestellt sein, wenn er durch ein Recht zum Besitz eine Verstärkung erfahren habe, bzw. dann als Haftungsgrundlage in Betracht kommen, wenn er durch ein Recht zum Besitz einen bestimmten Zuweisungsgehalt gewonnen habe.

414) Wiederum oben bei Note 269/70.

Ordnet man richtigerweise die "Besitzüberlassung" nur dem Besitz und die "Übergabe" ausschließlich dem vom Besitz scharf zu scheidenden subjektiven Recht zum Besitz zu, verschwindet auch der Widerspruch, daß man die Übergabe sowohl als Realakt als auch als mögliche Verfügung über das Eigentumsrecht bezeichnet findet; vgl. etwa die Auffassung von Raiser oben Note 390/1. Dabei ist die Besitzüberlassung, nicht anders als die Übergabe, auch dann als Rechtsgeschäft aufzufassen, wenn sie nicht nach § 854 Abs. 2 BGB, sondern "körperlich" vollzogen wird; nämlich als ein schlichtes "Ordnungsgeschäft", das dem in der Übergabe gelegenen schlichten "Verfügungsgeschäft" entgegenzusetzen ist.

Erhält also jemand eine Sache von deren Eigentümer als Mieter, Pfandgläubiger oder auch, wennschon die darüber hinausgehende Einigung über den Übergang des Eigentums scheitert, als Käufer übergeben, entsteht damit und schon damit allein ein am Recht des Eigentümers gemessen unrechtmäßiger Zustand, eine rechtsgrundlose Bereicherung des neuen Besitzers. Diese hat eine bereicherungsrechtliche Opfersicherung des Rechts des Eigentümers durch einen Herausgabeanspruch zur Folge. Die Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung des Besitzers kann also nicht erst in dem etwaigen Fehlen eines seinen "unmittelbaren" Besitz unterlegenden oder richtiger eines sein unmittelbares Recht zum Besitz deckenden Schuldverhältnisses zwischen ihm und dem Eigentümer gesucht werden. Ob es zur Erfüllung des mit der Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses kommt oder nicht, ist für die Entstehung des Anspruchs nicht mehr erheblich.

Dieser mit einem Opfer in zumindest schlichter, wirksamer Verfügung ausgelöste bereicherungsrechtliche Opferanspruch aus dem betroffenen Recht des Eigentümers gegen den Besitzer steht einem entsprechenden, mit einem Eingriff ausgelösten bereicherungsrechtlichen Eingriffsanspruch gegenüber: Nämlich der Vindikation, welcher der Dieb ausgesetzt ist, aber auch, wer die Sache, und sei es in völliger Unkenntnis der Lage, vom Dieb ausgehändigt erhalten hat, ja sogar, wenn der Eigentümer sie selbst, wenn auch nicht bewußt und gewollt, sondern nur versehentlich, ausgefolgt hat, oder schließlich etwa auch derjenige, bei dem sie vom Hochwasser angeschwemmt worden ist. Opferkondiktion und Eingriffskondiktion schließen sich gegenseitig aus. Dieses Verhältnis setzt sich darüber hinaus fort, wenn das unmittelbare Drittbesitzrecht nun auch seinerseits wieder oder, was auf dasselbe hinausläuft, das Eigentumsrecht als nunmehr mittelbares Besitzrecht erneut zur Ausübung überlassen wird. Dann hat der erststufig mittelbar besitzberechtigte Zwischenmann nur die Opferkondiktion und keine der Vindikation entsprechende Eingriffskondiktion gegen den unmittelbar besitzberechtigten neuen Besitzer. Und dann ist nicht nur der Zwischenmann, sondern auch der neue Besitzer keiner Vindikation des jetzt zweit- statt bisher erststufig mittelbar besitzberechtigten Eigentümers unterworfen.

bb) Eine schuldrechtliche Unterlage für das unmittelbare Besitzrecht des Dritten wird erst im Hinblick darauf bedeutsam, inwieweit der hiermit seinen Entstehungsvoraussetzungen nach fertig vorliegende Opferanspruch nun auch tatsächlich zum Zuge kommt. Dann aber geht es eben wieder schon um die Frage nach dem Fortbestand oder wenigstens doch der Durchsetzbarkeit des Anspruchs.

Wenn und solange das mit der rechtsgeschäftlichen oder auch gesetzlichen oder hoheitlichen Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts in Bezug genommene Schuldverhältnis erfüllt ist, wird das unmittelbare Recht des Besitzers zum Besitz ungeachtet seines an sich bestehenbleibenden Widerspruchs zur Zuweisung des Eigentums dem Besitzer zugesprochen. Dann ist diese Bereicherung mit Rechtsgrund erlangt, und damit kann der Bereicherungsanspruch gegen den Besitzer auch nicht durchgreifen. Dabei ist nun aber auch hier wieder noch einmal im einzelnen zu klären, ob man sich unter diesen Voraussetzungen den Fortwirkungsanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer als an sich bestehend und nur nicht durchsetzbar oder aber als inzelange überhaupt nicht vorhanden zu denken hat. Im Gegensatz zur Übertragung des Rechts durch Veräußerung kann dies bei seiner hier erörterten Übertragung durch Überlassung zur Ausübung nur im ersteren Sinne beantwortet werden. Denn anders als mit der Veräußerung gibt der Berechtigte mit der Ausübungsüberlassung sein Recht als solches nicht, und wenngleich dessen Zuweisungsgehalt, so doch auch diesen nur auf Zeit zugunsten des neuen Besitzers auf. Dementsprechend ist der auf Herausgabe gerichtete Fortwirkungsanspruch des Eigentümers gegen den unmittelbar besitzberechtigten Besitzer voll vorhanden und bleibt weiter bestehen. Und durch ihn wirkt das mit der Ausübungsüberlassung zum unmittelbaren Recht zum Besitz gewordene Eigentumsrecht fort. Nur ist dieser Anspruch als noch nicht fällig durch eine aus dem Schuldverhältnis abzuleitende Einrede des Besitzers gegen den Eigentümer gehemmt. Lassen wir nun vorerst einmal den Fall der gescheiterten Übereignung beiseite und veranschaulichen wir unser Ergebnis zunächst an dem Vermieter und Mieter verbindenden Mietverhältnis oder an der zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger getroffenen Sicherungsabrede, stoßen wir aber auf das vertraute

Bild des gerade durch einen derartigen Herausgabeanspruch charakterisierten "Besitzmittlungsverhältnisses". Dem ist, wie schon angekündigt, noch weiter nachzugehen. Jetzt aber ist erst einmal herauszustellen, daß bei der hier diskutierten Sachlage der Besitzer auf Kosten des Eigentümers um das - persönliche oder dingliche - unmittelbare Recht zum Besitz rechtsgrundlos, aber gerechtfertigt bereichert ist.

Kommt es mit der Ausübungsüberlassung hingegen nicht, nicht mehr oder auch noch nicht zur Erfüllung des Schuldverhältnisses, entbehrt das als solches der im Eigentumsrecht angelegten Zuweisung widersprechende, unmittelbare Recht zum Besitz des Besitzers der Rechtfertigung: Die Bereicherung ist ohne Rechtsgrund erlangt. Hier ist der Herausgabeanspruch des Eigentümers, der das zur Ausübung überlassene Eigentum als mittelbares Recht zum Besitz fortwirken läßt, nicht nur voll vorhanden. Hier ist dieser Fortwirkungsanspruch vielmehr auch durchsetzbar, weil ihm keine aus dem Schuldverhältnis zu gewinnende Einrede des Besitzers wegen Nichtfälligkeit entgegensteht. So verhält es sich, wenn der Schuldvertrag mit dem in das Grundstück eingewiesenen Mieter schon gar nicht wirksam zustandegekommen war, wenn die der Pfandbestellung zugrunde gelegte Sicherungsabrede später angefochten oder gekündigt wird oder schließlich etwa, wenn die Ware im Hinblick auf einen mit dem Kunden erst noch abzuschließenden und durch eine entsprechende Übereignung zu verwirklichenden Kaufvertrag vorweg schon angeliefert wird: Denn dann eben kann der Besitzer der auf die Herausgabe seines unmittelbaren Drittbesitzrechts gerichteten Leistungskondiktion des Eigentümers nicht mit einer Einrede aus einem zwischen ihnen bestehenden Schuldverhältnis entgegentreten. In dem zuletzt angeführten Beispiel wird der Eigentümer mit seinem Anspruch allerdings erst dann wirklich durchdringen, wenn keine Aussicht auf einen erfolgreichen Abschluß der Kaufverhandlungen mehr besteht. Etwas näher betrachtet, stoßen wir damit auch hier wieder in den Fragenbereich der sogenannten Besitzmittlung vor. Vorläufig kommt es uns jedoch nur darauf an, daß der Besitzer hier auf Kosten des Eigentümers um das - persönliche oder dingliche - unmittelbare Recht zum Besitz rechtsgrundlos und was nicht dasselbe ist, ungerechtfertigt bereichert ist. Dabei vermarkt

aber der Bereicherungsanspruch seine Entstehung allein der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung des Besitzers, die an dem zur Ausübung überlassenen Recht des Eigentümers zu ermitteln ist.

Nur weil auch der hier erörterte Rückabwicklungsanspruch ebenso wie die Vindikation einen bereicherungsrechtlichen Fortwirkungsanspruch aus dem Eigentumsrecht darstellt, kann er die Vindikation überhaupt verdrängen. Um in diesem Anspruch des Eigentümers ungeachtet dessen einen bereicherungsrechtlichen Opferanspruch zu erkennen, daß er auch bei gerechtfertigter Bereicherung des Besitzers gegeben ist, müssen Rechtsgrundlosigkeit und möglicher Rechtsgrund der Bereicherung streng auseinandergehalten werden. Wir haben die Notwendigkeit dieser Unterscheidung schon früher auf dem Boden der Zuweisungslehre ausführlich begründet. Sie bewährt sich nun auch hier und entsprechend dann auch für den Fall aufs neue, daß das unmittelbare Drittbesitzrecht seinerseits wieder, oder daß mit demselben Ergebnis das bereits nur noch mittelbar zum Besitz berechtigende Eigentumsrecht erneut einem anderen zur Ausübung überlassen wird.

cc) Jedes unmittelbare Drittbesitzrecht leitet sich direkt oder, nach einer Ausübungsüberlassung wiederum eines unmittelbaren Drittbesitzrechts oder einer erneuten Ausübungsüberlassung des schon nur noch mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts, indirekt aus dem Eigentumsrecht her. Dementsprechend hat auch der mit der Ausübungsüberlassung entstehende Opferanspruch seine Wurzel immer im Eigentumsrecht oder in einem Drittbesitzrecht.

Im Gegensatz hierzu soll nach der herrschenden Auffassung auch ein unbefugter Eindringling, der das fremde Grundstück einem anderen mietweise einräumt, oder der Dieb, der das gestohlene Kraftfahrzeug in Reparatur gibt oder sonstiges Diebesgut für sich in Verwahrung nehmen läßt, den Dritten zu einem wenigstens im Verhältnis zu ihm, wenngleich nicht auch mit Wirkung gegenüber dem Eigentümer, berechtigten Besitzer machen. Dementsprechend wird auch hier ein "Besitz-

mittlungsverhältnis" angenommen[415].

Dies alles ist nur so lange folgerichtig, als man mit der klassischen Doktrin unter dem "Recht zum Besitz" den "rechtlich unterlegten", hier also den durch ein Schuldverhältnis unterlegten Besitz versteht. Das Recht zum Besitz ist jedoch, wie wir gesehen haben, in Wahrheit nicht als solcher, durch ein Schuldverhältnis oder auch ein beschränkt dingliches Herrschaftsrecht an der Sache unterlegter Besitz aufzufassen. Es stellt vielmehr, das Eigentumsrecht eingeschlossen, selbst ein dingliches oder auch nur persönliches Herrschaftsrecht an der Sache dar. Ein dem Eigentumsrecht gegenübertretendes Drittbesitzrecht muß sich daher immer auf das Eigentumsrecht als das umfassendste Herrschaftsrecht an einer Sache zurückführen lassen. Oder anders ausgedrückt, es gibt kein dingliches oder auch nur persönliches Besitzrecht eines Dritten, das nicht aus dem Eigentumsrecht herausgespalten wäre und damit auch dem Eigentümer gegenüber wirken würde. Als ein von irgendeiner Schuldbeziehung zu einem anderen unabhängiges subjektives Herrschaftsrecht an der Sache besteht das Recht zum Besitz immer wesensnotwendig gegenüber jedermann. Will man trotzdem von der Besitzberechtigung gegenüber einem bestimmten anderen sprechen, kann dies nur derjenige sein, von dem sich das - dingliche oder persönliche - Recht zum Besitz direkt ableitet: Also derjenige, dessen Opferkondiktion der Besitzberechtigte ausgesetzt ist.

In den angeführten Beispielen verschafft der Nichtberechtigte daher dem Dritten überhaupt kein Recht zum Besitz. Und da er kein eigenes Recht an der Sache hat, welches fortwirken könnte, steht ihm auch gegen den Dritten ebensowenig wie eine Eingriffskondiktion eine Leistungskondiktion zu. Die Entstehung eines solchen Herausgabe-

415) An der Stelle von besonderen Belegen mag der Hinweis auf das jedenfalls in seinem Wortlaut dieser Auffassung gleichermaßen verpflichtete Gesetz, insbesondere auf die Vorschrift des § 991 BGB genügen: Die Vindikationshaftung des Besitzers gegenüber dem Eigentümer und das "Besitzmittlungsverhältnis" des Besitzers zum Zwischenmann stehen nebeneinander.

anspruchs muß vielmehr daran scheitern, daß die Übergabe hier wegen fehlender Verfügungsmacht des Gebers über das Eigentum unwirksam ist. Statt einer wirksamen Verfügung durch Leistung liegt nur ein Eingriff in das Recht des Eigentümers vor, der den Dritten statt einer Leistungskondiktion des Nichtberechtigten der Eingriffskondiktion des Eigentümers in Gestalt der Vindikation unterwirft.

Aber auch, wer dem Eigentümer gegenüber selbst unmittelbar zum Besitz berechtigt ist und dieses Recht nun seinerseits ohne die erforderliche Zustimmung des Eigentümers (§ 185 BGB) einem Dritten zur Ausübung überläßt, verschafft dem Dritten dadurch kein Recht zum Besitz. Anders wieder die herrschende Meinung. Danach soll das Fehlen der Zustimmung des Eigentümers beispielsweise nicht hindern, daß der Unterpächter, der das Grundstück vom Pächter übernommen hat, oder der Entleiher einer Sache, der sie sich hat von deren Verwahrer aushändigen lassen, zwar nicht mit Wirkung gegenüber dem Eigentümer, wohl aber doch wenigstens im Verhältnis zu dem Zwischenmann zum Besitz berechtigt ist und zu diesem in einem Besitzmittlungsverhältnis steht[416].

Sieht man im dinglichen und auch im nur persönlichen Recht zum Besitz richtigerweise immer ein subjektives Herrschaftsrecht an der Sache, ist das nicht anzuerkennen. Hat man die Vorstellung vom rechtlich unterlegten Besitz abgestreift, kann es ein einem Zwischenmann, nicht jedoch auch dem Eigentümer gegenüber wirkendes - und sei es auch nur persönliches - Drittbesitzrecht nicht geben. Ohne eine Wirkung auch gegenüber dem Eigentümer der Sache kann vielmehr überhaupt kein Herrschaftsrecht eines Dritten an derselben Sache, also auch kein direkt von dem Zwischenmann a geleitetes Sachherrschaftsrecht vorhanden sein, das sich als Besitzberechtigung gegenüber dem Zwischenmann bezeichnen ließe.

416) Auch insoweit (vgl. vorige Note) kann statt auf Einzelbelege auf das jedenfalls seinem Wortlaut nach hiermit übereinstimmende Gesetz verwiesen werden; vgl. etwa wieder § 991 BGB und vor allem auch § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB: Die Vindikationshaftung des Besitzers gegenüber dem Eigentümer und das "Besitzmittlungsverhältnis" des Besitzers zum Zwischenmann werden nebeneinander gestellt.

Auch in den Fällen dieser Art kommt es wieder darauf an, daß die Übergabe der Sache und mit ihr die Ausübungsüberlassung des Drittbesitzrechts des Zwischenmanns an den neuen Besitzer unwirksam ist, weil dem Zwischenmann die Verfügungsmacht über das Recht fehlt: Es ist schon keine gültige Leistung und daher auch keine mit dieser Leistung bewirkte Zuwendung gegeben. Der neue Besitzer erwirbt kein Recht zum Besitz und unterliegt keinem in einer Leistungskondiktion bestehenden Herausgabeanspruch des Zwischenmanns. Da keine auch den Eigentümer bindende, wirksame Verfügung über das dem Zwischenmann nach wie vor verbliebene unmittelbare Drittbesitzrecht vorhanden und dementsprechend die Herrschaftsmacht des neuen Besitzers über die Sache nichtberechtigte Sachherrschaft ist, liegt vielmehr ein Eingriff in sowohl das Recht des Eigentümers als auch das Recht des Zwischenmanns an der Sache vor. Daher richten sich hier gegen den neuen Besitzer sowohl die Vindikation des Eigentümers als auch eine der Vindikation entsprechende Eingriffskondiktion des Zwischenmanns. Der neue Besitzer stellt sich also nicht anders, als wenn er in verbotener Eigenmacht vorgegangen wäre, wenn er also den Pächter mit Gewalt von dem Grundstück verdrängt oder die Sache beim Verwahrer entwendet hätte.

Dieses zuletzt genannte Ergebnis verdient Aufmerksamkeit: Eingriff in ein subjektives Recht ist keineswegs allein der "offene" Eingriff wie derjenige des gewaltsamen Eindringlings oder des Diebes. Eingriff kann auch ein "verdeckter" Eingriff, nämlich ein von einer unwirksamen Leistung verdeckter Eingriff sein[417].

dd) Gerade in der Erörterung des hier behandelten Fragenkreises findet sich auch eine früher schon widerlegte Behauptung wieder: Wir meinen den Einwand, die Leistungskondiktion könne schon deshalb kein Rechtsfortwirkungsanspruch sein, weil auch derjenige sie habe, der fremdes Gut weitergegeben hat[418].

417) Das heißt zugleich, daß -vgl. vorige Note- der Wortlaut der §§ 986 Abs. 1 Satz 2 und 991 BGB bezüglich des Verhältnisses von Besitzer und Zwischenmann an einen verdeckenden und nicht an den von diesem verdeckten Tatbestand anknüpft.

418) Darüber ausführlicher oben zu Note 264 bis 267.

Diesem Einwand können wir nach dem soeben Gesagten nur [illegible] in demselben Sinne begegnen, in dem wir das früher schon getan haben[419]: Anders als die herrschende Ansicht[420] es will, steht beispielsweise dem Dieb, der als bloßer Nurbesitzer das gestohlene Auto einem anderen mietweise überlassen hat und es wegen Dissenses im Mietvertrag vorzeitig wieder zurückverlangt, eine Leistungskondiktion in Wahrheit überhaupt nicht zu. Auf den auch durch eine Besitzüberlassung immer nur originär erworbenen Besitz des Dritten kann sich die Leistungskondiktion niemals richten. Sie müßte vielmehr auf ein durch Ausübungsüberlassung im Wege der Übergabe derivativ erworbenes Recht zum Besitz, hier also auf ein persönliches Besitzrecht des Mieters zielen[421]. Daran fehlt es hier jedoch, weil die in der Übergabe enthaltene schlichte Verfügung des Gebers mangels Verfügungsmacht unwirksam ist. Wo die Verfügung des Nichtberechtigten weder durch die Zustimmung des Inhabers der Verfügungsmacht noch auch, was hier nicht in Betracht kommt, durch den Schutz des guten Glaubens des Erwerbers gedeckt ist, liegt keine Leistung, sondern ein Eingriff in das betroffene Recht vor. Daher sieht sich der Mieter hier statt einer Leistungskondiktion des Diebes nur der Vindikation des Eigentümers gegenüber. Er muß sich also nicht zu einer Auseinandersetzung mit dem Dieb nötigen lassen, der ihn mit seiner unwirksamen Leistung enttäuscht hat. Auch insoweit gilt daher wieder die strenge Alternativität zwischen dem Eingriffsschutz mit der in der Vindikation gelegenen Eingriffskondiktion und der Opfersicherung mit dem in der Leistungskondiktion zu sehenden Opferanspruch.

Ebenso liegt es aber auch in dem Fall, daß der unmittelbar zum Besitz berechtigte Mieter das ihm eingeräumte Grundstück ohne die Zustimmung des Eigentümers einem anderen untervermietet oder daß der ebenfalls unmittelbar zum Besitz berechtigte Entleiher eines Kraftfahrzeugs dieses ohne Zustimmung des Eigentümers einem Werkunternehmer in Reparatur oder einem bösgläubigen Pfandnehmer zu Pfand

419) Oben zu Note 268 bis 271.
420) Wilburg, Bereicherung 39, 50/1; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 348 ff. Oben Note 264 bis 267.
421) Dazu zuletzt oben bei Note 413/4.

Abs. 2 Fall 1 BGB verstanden; jedenfalls neben der Vindikation nach § 985 BGB soll es nicht auch noch eine auf Herausgabe gerichtete Eingriffskondiktion geben[425]. Das ist, wie wir gesehen haben, in dieser Verengung nicht richtig. Denn auch die Vindikation aus dem Eigentumsrecht - und für den entsprechenden Anspruch aus einem Drittbesitzrecht gilt das gleiche - stellt selbst eine auf Herausgabe gerichtete Eingriffskondiktion dar, die als besondere Form der Eingriffskondiktion die allgemeine Eingriffskondiktion verdrängt. Eine auf Herausgabe gerichtete Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, Satz 2 BGB wird nicht nur, und insoweit zutreffend, einem berechtigten Besitzer zugesprochen. Sie soll vielmehr auch einem Nurbesitzer zustehen können[426]. Das ist in diesem letzteren Punkt, wie zu zeigen war, nicht richtig, womit auch die Folgerung hinfällig wird, die Leistungskondiktion sei kein Rechtsfortwirkungsanspruch und reiche in ihrem Schutz über die Eingriffskondiktion hinaus.

Sieht man also von dem Anspruch nach § 861 BGB ab, der den Besitz schützt, so ist jede "Besitzkondiktion" ein Herausgabeanspruch aus dem Recht zum Besitz, nämlich aus dem Eigentumsrecht oder aus einem aus diesem abgeleiteten Drittbesitzrecht: Einmal die auf die Herausgabe der dem Besitzberechtigten abhandengekommenen Herrschaftsmacht eines anderen über die Sache, den nichtberechtigten Besitz gerichtete Vindikation aus dem Eigentumsrecht oder die ihr entsprechende Eingriffskondiktion aus dem Drittbesitzrecht. Zum andern als deren Gegenstück die Leistungs- oder auch sonstige Opferkondiktion aus dem Eigentumsrecht oder Drittbesitzrecht, welche auf die Herausgabe der aus dem Besitzrecht herausgespaltenen und einem anderen zugewendeten, berechtigten Herrschaftsmacht über die Sache, also wiederum ein Recht zum Besitz zielt. Hier die Vindikation oder sonstige Eingriffskondiktion und der nichtberechtigte Besitz oder "Nurbesitz". Dort die Opferkondiktion und der mit oder ohne Rechtsgrund erlangte, jedenfalls aber berechtigte Besitz, das "Recht zum Besitz".

425) Lange JZ 1964, 642; oben Note 30 und 356.

426) Auch dazu statt aller wieder nur: Wilburg, Bereicherung 39, 50/1; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 348 ff. Oben Note 264 bis 267 und Note 420.

c) Endlich müssen wir uns nun auch noch eingehender mit der Veränderung auseinandersetzen, die das Eigentumsrecht mit seiner Überlassung zur Ausübung an einen Dritten erfährt. Diese Veränderung besteht nach unserer These darin, daß sich das Eigentumsrecht hier in ein mittelbares Herrschaftsrecht an der Sache, ein "mittelbares Recht zum Besitz" verwandelt. Die Natur eines solchen mittelbaren Herrschaftsrechts tritt noch klarer heraus, wenn wir zugleich den Fall mit ins Auge fassen, daß das bereits nur noch mittelbar zum Besitz berechtigende Eigentum nunmehr erneut einem anderen zu persönlichem oder dinglichem Recht ausübungsweise überlassen wird. Dann nämlich erwirbt auch dieser Dritte ein mittelbares Recht zum Besitz.

aa) Es ist schon deutlich geworden, daß die Annahme eines solchen als mittelbares Recht zum Besitz bezeichneten mittelbaren Herrschaftsrechts an der Sache auf den "mittelbaren Besitz" weist. Nach bislang unangefochtener Anschauung[427] hat man demgegenüber freilich ebenso wie den "unmittelbaren Besitz" auch den "mittelbaren Besitz" einerseits und das Eigentumsrecht oder ein aus dem Eigentum abgeleitetes Sachherrschaftsrecht eines Dritten andererseits streng auseinanderzuhalten.

Der Gesetzgeber hat diesen mittelbaren Besitz in einer Legaldefinition gefaßt: Wenn jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnis besitzt, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so soll der andere mittelbarer Besitzer sein (§ 868 BGB). Diese Definition hat nicht verhindern können, daß der "mittelbare Besitz", der von der herrschenden Meinung dem "tatsächlichen", "unmittelbaren" Besitz als "vergeistigte Sachherrschaft" zur Seite gestellt wird[428], der also dem-

427) Zum "mittelbaren Besitz" im allgemeinen kann hier auf die führenden Darstellungen des Sachenrechts verwiesen werden: Wolff-Raiser, Sachenrecht, §§ 8, 14, 15, 20; Westermann, Sachenrecht §§ 17 ff., 26; Baur, Sachenrecht § 7 B.

428) Wolff-Raiser aaO § 8 I 1, III; Westermann aaO § 17, 5 1.; Baur aaO § 7 B I.

entgegen aber auch als etwas durchaus nur Gedachtes bezeichnet findet[429], in hohem Maße problematisch geblieben ist. Die Unsicherheiten beziehen sich im wesentlichen auf drei noch immer nicht hinlänglich geklärte Fragen. Einmal wird zwar nicht bezweifelt, daß sich der unmittelbare "Unterbesitz" in irgendeiner Form aus dem mittelbaren "Oberbesitz" ableiten müsse. Wie man sich diese Ableitung jedoch im einzelnen vorzustellen habe, ist vor allem im Hinblick auf den alten, der Frage nach der rechtlichen Natur der Übergabe vergleichbaren Streit um das sogenannte "Besitzkonstitut" nach wie vor nicht endgültig ausgetragen[430]. Sodann ist zum anderen auch die rechtliche Beschaffenheit des "Besitzmittlungsverhältnisses" und des dieses bestimmenden, in § 870 BGB angeführten Herausgabeanspruchs noch immer umstritten[431]. Insbesondere bereitet Schwierigkeiten, welche Bedeutung einem Ober- und Unterbesitzer verbindenden Schuldverhältnis für das Besitzmittlungsverhältnis zukommt. In der modernen Betrachtung zeichnet sich nunmehr jedoch insofern eine gewisse Klärung ab, als man heute als Herausgabeanspruch des "mittelbaren Besitzers" gegen den "Besitzmittler" auch die Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 BGB anerkennt[432] und damit nicht nur für die Besitzmittlung auch ein ungültiges Schuldverhältnis genügen läßt, sondern darüber hinaus auch Schuldverhältnis und Besitzmittlungsverhältnis entschiedener voneinander trennt. Andererseits ist ungeklärt, ob di Vindikation nach § 985 BGB ebenfalls als tauglicher Herausgabeanspruch des "mittelbaren Besitzers" in Betracht kommt[433]. Drittens schließlich stützt zwar noch immer die herrschende Ansicht ihre Erklärung des "mittelbaren Besitzes" mit einer in derselben Ebene wie die Sachherrschaft beim

429) Das war vor allem schon die Auffassung von Wendt; so etwa in: Besitz und Besitzwille (1907) 24/5.

430) Dazu Wolff-Raiser, Sachenrecht §§ 8 I 1, 67 I; Westermann, Sachenrecht § 18, 4; Baur, Sachenrecht § 7 B III 1 b, bb.

431) Wolff-Raiser aaO § 8 I; Westermann aaO § 18; Baur aaO § 7 B III 1.

432) Wolff-Raiser aaO § 8 I 2; Westermann aaO § 17, 5; Baur aaO § 7 B III 1 b, dd.

433) Dafür: Westermann aaO § 18, 6; Baur aaO § 7 B III 1 b, dd. Dagegen Wolff-Raiser aaO § 8 FN. 1.

"unmittelbaren Besitz" gesehenen, jedoch"vergeistigten" Sachherrschaft gerade darauf, daß der Oberbesitzer auf dem Wege über den Willen des Unterbesitzers auf dessen "tatsächliche" Sachherrschaft einwirken könne. Oder anders ausgedrückt, die Annahme eines solchen faktischen Substrats nicht nur des "unmittelbaren", sondern auch des "mittelbaren" Besitzes läßt das Erfordernis eines entsprechenden Besitzmittlungswillens des Unterbesitzers unverzichtbar werden: Eigenbesitz des "unmittelbaren" Besitzers schließt ein Besitzmittlungsverhältnis aus. Ändert der "unmittelbare" Besitzer seinen Fremdbesitzwillen nachträglich, ändert sich auch der "mittelbare Besitz" des Oberbesitzers, sofern er nicht überhaupt untergeht[434]. Aber diese Unabdingbarkeit eines Besitzmittlungswillens des Unterbesitzers ist nicht nur schon früher[435], sondern gerade auch in neuerer Zeit wieder entschieden in Zweifel gezogen worden[436]. All diesen Unsicherheiten ist mit der - wie schon gesagt keineswegs neuen - Behauptung zu begegnen, daß es einem dem Eigentumsrecht oder auch einem sonstigen mittelbaren Recht zum Besitz gegenüberstehenden, das mittelbare Besitzrecht gleichsam überlagernden "mittelbaren Besitz" in Wirklichkeit gar nicht gibt.

Dies soll nicht weniger besagen, als daß es schon um das Problem einer Besitzableitung auf den "unmittelbaren" Unterbesitzer aus dem infolgedessen nur noch "mittelbaren" Besitz eines Oberbesitzers recht besehen gar nicht geht. Es handelt sich hier vielmehr immer nur um die Ableitung des unmittelbaren Rechts zum Besitz aus dem Eigentum oder einem persönlichen oder dinglichen Drittbesitzrecht auf einen anderen, dem ein solches Recht unter Verwandlung in ein mittelbares Recht zum Besitz zur Ausübung überlassen wird. Dies geschieht zwar regelmäßig durch Übergabe der Sache, gilt aber auch im Hinblick auf das "Besitzkonstitut". Ein solches Besitzkonstitut liegt vor, wenn - wie schon berührt[437] - die Ausübungsüberlassung etwa des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentums-

434) Wolff-Raiser aaO §§ 8 I 1 b, 15 II 2; Westermann aaO §§ 18, 5; 19 II 3; Baur aaO § 7 B III 1 b, aa und 3 b. RGZ 135, 71 (78) und st. Rspr.
435) Dazu etwa wieder Wendt, Besitzwille 25/6.
436) Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung (1950/52) II 2, 41 ff.; Diederichsen, Recht zum Besitz 99.
437) Zum folgenden schon oben bei Note 411.

rechts an den Dritten mit derjenigen des unmittelbaren Drittbesitzrechts an den Eigentümer zurück schon gleich von vornherein zusammengezogen wird. Damit ergibt sich eine in § 930 BGB als "Vereinbarung" bezeichnete, doppelte schlichte Einigung, die für jeden der Beteiligten eine schlichte Verfügung über sein unmittelbares Recht zum Besitz darstellt und den Eigentümer zum sowohl zweitstufig mittelbar als auch unmittelbar und den Dritten zum erststufig mittelbar Besitzberechtigten macht. Mit anderen Worten, es handelt sich nicht eigentlich um ein "Besitzkonstitut", sondern um ein"Besitzrechtskonstitut". Auf diese Weise lassen etwa der Eigentümer und der Nießbraucher, die schon sofort bei der Bestellung des Nießbrauchs den Eigentümer zum Pächter des Grundstücks einsetzen, eine doppelte, gegenläufige Übergabe des Grundstücks entbehrlich werden[438].

Das "Besitzmittlungsverhältnis" wiederum erweist sich in Wahrheit als "Besitzrechtsmittlungsverhältnis" und gründet sich auf den Opferanspruch, der mit der Ausübungsüberlassung aus dem zunächst unmittelbaren Recht zum Besitz hervorgegangen ist. Nicht also, daß die Leistungskondiktion nur ein möglicher Herausgabeanspruch unter anderen in diesem Besitzrechtsmittlungsverhältnis wäre. Ein derartiger Herausgabeanspruch ist vielmehr immer nur die Leistungskondiktion oder eine sonstige, in dem zur Ausübung überlassenen subjektiven Herrschaftsrecht an der Sache wurzelnde Opferkondiktion. Der Herausgabeanspruch geht somit nicht aus einem Schuldverhältnis unter den Beteiligten hervor. Und daher ist nicht nur das mittelbare Recht zum Besitz, sondern auch das "Besitzmittlungsverhältnis" oder richtiger "Besitzrechtsmittlungsverhältnis" in Entstehung und Fortbestand an das Vorhandensein eines Schuldverhältnisses nicht gebunden, wie entsprechend etwa der Verwahrer selbst dann noch sachenrechtlich unmittelbar zum Besitz berechtigt ist, wenn er nach der Rückforderung des Hinterlegers schuldrechtlich nicht länger auch "zum Besitz verpflichtet" ist. Wohl aber wird mit der schon kraft

438) Da das "Besitzkonstitut" für jeden der Beteiligten eine Verfügung in Form einer Leistung darstellt, muß auch jeder von ihnen eine Leistungsbestimmung treffen. Das ist der Grund, weshalb man zu Recht fordert, das Konstitut müsse "konkret" und könne nicht nur "abstrakt" vereinbart sein: Wolff-Raiser, Sachenrecht § 67 I 1; Westermann, Sachenrecht § 18, 2; Baur, Sachenrecht § 7 B III 1 c.

der bloßen Übergabe der Sache vorgenommenen Ausübungsüberlassung des Eigentums oder eines Drittbesitzrechts ein bereits vorhandenes oder gleichzeitig begründetes Schuldverhältnis in Vollzug gesetzt oder doch die Erfüllung eines künftigen Schuldverhältnisses schon vorbereitet. Hat man im "Herausgabeanspruch aus mittelbarem Besitz" die Opferkondiktion aus dem zur Ausübung überlassenen und damit nunmehr nur noch mittelbaren Recht zum Besitz erkannt, ist andererseits aber auch die Frage nach der Stellung der Vindikation in diesem Zusammenhang beantwortet: Die nicht mit einer Leistung oder einem entsprechenden Opfer bei einer Übertragung, sondern mit einem Eingriff bei einer Verletzung des Eigentumsrechts entstehende, in der Vindikation gelegene Eingriffskondiktion scheitert hier als tauglicher Herausgabeanspruch zwangsläufig aus.

Endlich kann es so betrachtet nicht darauf ankommen, ob ein "Besitzmittler" oder "Unterbesitzer" überhaupt den Willen hat, seinen Besitz einem "mittelbaren Besitzer" oder "Oberbesitzer" zu "vermitteln", und ob er an einem solchen Besitzmittlungswillen fortdauernd festhält. Wo die herrschende Meinung eine von dem Besitzmittlungswillen eines unmittelbaren Unterbesitzers getragene "vergeistigte" Sachherrschaft eines mittelbaren Oberbesitzers vermutet, liegt in Wirklichkeit nur ein von der Willenshaltung eines Dritten unabhängiges subjektives Recht vor: Ein zur Ausübung überlassenes und damit nunmehr bloß noch mittelbares Herrschaftsrecht an der Sache, ein mittelbares Recht zum Besitz. Gewiß beruht der "unmittelbar" genannte Besitz nach seiner Funktion, die der Wahrung des Rechtsfriedens abträgliche Eigenmacht zu unterbinden, notwendig auf der von solcher Eigenmacht gefährdeten, "tatsächlichen" Herrschaftsmacht über eine Sache, also auf einem faktischen Moment. Versucht man aber, dem "unmittelbaren Besitz" einen "mittelbaren Besitz" zur Seite zu stellen, der auf einer angeblich ebenfalls faktischen, nämlich vom Besitzmittlungswillen des "unmittelbaren" Besitzers genährten, "vergeistigten" Sachherrschaft aufbauen soll, so bedeutet das eine verfehlte Psychologisierung dieser Sachherrschaft, die gerade immer nur als ein Faktum verstanden werden kann. Oder anders gesagt, der

"Oberbesitzer" hat im Gegensatz zum "Unterbesitzer" überhaupt keine Sachherrschaft: Es gibt zwar einen "unmittelbaren", aber keinen "mittelbaren" Besitz. Nicht der immer nur "unmittelbare" Besitz und ein bloß scheinbar existierender "mittelbarer" Besitz, sondern allein das unmittelbare Recht zum Besitz und das mittelbare Recht zum Besitz können nebeneinander zu stehen kommen. Wie dabei unmittelbares Recht zum Besitz und Herrschaftsmacht über die Sache nicht zu jeder Zeit in der Hand des Berechtigten zusammenfallen müssen, weil es dort nicht auf die Sachherrschaft als solche, sondern auf deren Zuweisung an den Berechtigten ankommt, so verhält es sich ähnlich auch hier wieder beim mittelbaren Recht zum Besitz. Hier nämlich muß der Berechtigte zwar die Herrschaftsmacht über die Sache für die Dauer der Ausübungsüberlassung seines Rechts entbehren. Aber sie bleibt ihm nach wie vor zugewiesen, womit auch sein Recht nach wie vor als Herrschaftsrecht an der Sache fortbesteht. Aus demselben Grunde vermag auch der unfreiwillige Verlust der Herrschaftsmacht über die Sache seitens des unmittelbar Besitzberechtigten nicht nur dessen Recht, sondern auch dem Recht des mittelbar Besitzberechtigten als solchem nichts anzuhaben. Und darum kommt es schließlich vor allem auch für die Entstehung und das Bestehenbleiben des vermeintlichen "mittelbaren Besitzes", in Wahrheit aber mittelbaren Rechts zum Besitz gar nicht darauf an, ob der "unmittelbare" Besitzer und unmittelbar zum Besitz Berechtigte die Sache seinem Willen nach als Fremd- oder als Eigenbesitzer besitzt, und auch darauf nicht, ob der mittelbar zum Besitz Berechtigte sein eigenes Recht an der Sache überhaupt kennt. Nicht allein ein Eigentümer, der seine Sache einem Dritten zur Miete oder zum Pfand übergeben hat, sondern auch derjenige Eigentümer ist mittelbar zum Besitz berechtigt, der die Sache einem Dritten zum Zweck der - freilich für die Beteiligten unerkannt gescheiterten - Übereignung übergeben hat. Daß sich hier der unmittelbar besitzberechtigte Dritte irrig für den neuen Eigentümer hält, spielt keine Rolle, wie daß der mittelbar besitzberechtigte wahre Eigentümer gar nicht weiß, daß er Eigentümer der Sache geblieben ist. Ebensowenig ist es für das allein maßgebliche mittelbare Recht des Eigentümers zum Besitz als solches von irgendwelcher Bedeutung, wenn der Mieter oder Pfandgläubiger die Sa-

che später unterschlägt und sich fortan als Eigenbesitzer betrachtet und geriert. Damit ergibt sich, was für die Vindikationshaftung schon lange feststeht, auch für die Haftung mit der Opferkondiktion: Es macht keinen Unterschied, ob der Eigentümer es mit einem Eigenbesitzer oder einem Fremdbesitzer zu tun hat.

Die Probleme des sogenannten mittelbaren Besitzes sind daher tatsächlich entweder solche des mittelbaren Rechts zum Besitz oder stellen sich, wie die zuletzt erörterten Fragen um den Besitzmittlungswillen, nur scheinbar. "Mittelbaren Besitz" selbst dagegen gibt es nicht[439]. Was das Gesetz in § 868 BGB unter dem Namen eines "mittelbaren" Besitzes führt, ist nicht mehr als eine Fiktion, mit deren Hilfe der dem "unmittelbaren" Besitz als solchem zuerkannte Schutz rechtstechnisch auch auf das - persönliche oder dingliche - mittelbare Recht zum Besitz eines Nichtbesitzers ausgedehnt wird[440]. Statt dessen hätte es auch genügt, in der Vorschrift des § 869 BGB statt von einem "mittelbaren Besitzer" von dem mittelbar Besitzberechtigten zu sprechen. Nur so ist denn auch zu erklären, weshalb in § 868 BGB plötzlich nicht mehr, wie bis dahin in §§ 854 ff. BGB, vom Besitz, sondern von einem Recht, nämlich dem abgeleiteten Recht zum Besitz des "unmittelbaren" Besitzers die Rede ist. Wo das Gesetz sonst, wie vor allem etwa in § 986 BGB, den "mittelbaren Besitz" nennt, ist in Wahrheit schon gleich von vornherein nur das mittelbare Recht zum Besitz gemeint. Läßt sich aber ein gegen das mittelbare Herrschaftsrecht an der Sache abzusetzender "mittelbarer" Besitz als

439) Dasselbe gilt von einem im Wege einer "Besitzspaltung" zu gewinnenden "mittelbaren Nebenbesitz" zweier Oberbesitzer. Solcher "Nebenbesitz" soll jedoch nach der insbesondere von Wolff-Raiser aaO §§ 8 II, 15 II 2 und Westermann aaO § 19 II 4 (je m.w. Nachw.) gegen die herrschende Meinung vertretenen Ansicht dort möglich sein, wo der Unterbesitzer den Besitz später für einen neuen Oberbesitzer vermitteln will, ohne sich von dem bisherigen alleinigen Oberbesitzer ganz loszusagen.

440) Der Fall liegt also vergleichbar demjenigen des § 857 BGB: Dort geht in Wahrheit keineswegs der immer nur originär zu erwerbende Besitz auf den Erben über. Was auf den Erben übergeht, ist allein das derivativ im Wege der Universalsukzession nach § 1922 BGB erworbene Recht zum Besitz. Wohl aber werden nach § 857 BGB auf diesen zum Besitz berechtigten, jedoch nichtbesitzenden Erben die Wirkungen des Besitzes rechtstechnisch erstreckt, indem man seinen Besitz fingiert.

solcher überhaupt nicht anerkennen, braucht man ihm den "unmittelbaren" Besitz auch gar nicht mehr erst eigens als "unmittelbar" zur Seite zu stellen. Der in der Tat dem subjektiven Herrschaftsrecht des Eigentümers oder eines Dritten an der Sache selbständig gegenüberstehende Besitz ist vielmehr - ebenso wie die ihrer vorgegebenen tatsächlichen Natur nach stets "unmittelbare" Herrschaftsmacht über eine Sache, auf der er aufbaut - immer und überall nur "unmittelbar". Dementsprechend kann man auch nicht zwischen einem "Recht zum unmittelbaren Besitz" und einem "Recht zum mittelbaren Besitz" unterscheiden, sondern nur zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Recht zum Besitz[441].

bb) Mittelbares Recht zum Besitz ist zunächst und vor allem das einem Dritten zur Ausübung überlassene Eigentumsrecht. Vom Eigentum als unmittelbarem Recht zum Besitz ausgehend haben wir festgestellt, daß das Recht durch die Zuweisung der Herrschaftsmacht über eine Sache subjektives Recht und durch die volle Verfügungsmacht über das Recht unbeschränkt dingliches Recht ist[442]. Für das nur noch mittelbar zum Besitz berechtigende Eigentumsrecht ist das nicht anders.

Um dies noch näher zu erläutern, können wir uns an die für das Eigentumsrecht in der "Vindikations"- oder "Eingriffslage" dargelegten Befund[443] anlehnen, der sich, wennschon mit ganz anderen Vorzeichen, hier strukturell wiederholt: Mit der Übertragung, nämlich mit der schon durch die Übergabe der Sache vollzogenen Ausübungsüberlassung seines Rechts hat der Eigentümer den in der Herrschaftsmacht über die Sache bestehenden Zuweisungsgehalt des Rechts an einen Dritten verloren. Demgegenüber bleibt aber die Zuweisung dieser Sachherrschaft an den Eigentümer und mit ihr das Eigentumsrecht als Herrschaftsrecht an der Sache in nach wie vor derselben Hand aufrechterhalten. Dieser Fortbestand des Eigentumsrechts in der "Besitzrechts"- oder "Opferlage" beruht auf der Leistungs- oder sonsti-

441) Dies gegen Scherk und Diederichsen; oben zu Note 307 und 311.
442) Dazu wieder oben bei Note 1 bis 8.
443) Oben zu Note 46/7.

den Opferkondiktion, die aus der Zuweisung in deren Funktion als Güterzuweisung hervorgegangen und auf die Herausgabe der verlorenen Herrschaftsmacht über die Sache gerichtet ist. Denn nur kraft dieses Anspruchs wirkt das "aufgeopferte" oder eben genauer - weil nicht das Recht als solches, sondern nur sein Zuweisungsgehalt vergeht - zur Ausübung überlassene Eigentumsrecht auch jetzt noch als dasselbe, wennschon inhaltlich veränderte subjektive Recht an der Sache fort[444]. Hierbei bleibt es so lange, bis das Recht mit der Durchsetzung der Opferkondiktion, wie man auch hier sagen kann[445], wieder "verwirklicht", nämlich in ein unmittelbares Recht zum Besitz zurückverwandelt wird. Und Rechtsfortwirkungsanspruch ist die Opferkondiktion auch hier wieder deshalb, weil das Recht zwar nicht in diesem Anspruch, wohl aber vermöge dieses Anspruchs als dasselbe Recht weiterbesteht.

Stellen wir dem noch einmal die Rechtsfortwirkung für den Fall gegenüber, daß das Eigentumsrecht durch eine Veräußerung im Wege der Übereignung der Sache übertragen wird. Auch die dann entstehende Opferkondiktion ist, wie wir gezeigt haben, ebensowenig wie die mit der Ausübungsüberlassung des Rechts entstehende Opferkondiktion ein isolierter Anspruch. Dann bildet die Opferkondiktion vielmehr den Gegenstand eines selbständigen Herrschaftsrechts, nämlich eines Forderungsrechts des Veräußerers, welches an die Stelle des diesem über den Zuweisungsgehalt hinaus hier auch selbst verlorengegangenen Eigentumsrechts getreten ist. Das veräußerte Recht wirkt dann also, wennschon nicht in diesem Anspruch, so doch vermöge dieses Anspruchs in einem neuen subjektiven Recht fort. Der Unterschied zwischen beiden Formen der Übertragung des Eigentumsrechts besteht somit darin, daß das Eigentumsrecht auch in der mit seiner

444) Diese inhaltliche Veränderung des Eigentumsrechts in der Opferlage birgt bei aller strukturellen Entsprechung zum Eigentumsrecht in der Eingriffslage doch einen wesentlichen Unterschied: Ob der Eigentümer die Sache verliehen hat oder ob er bestohlen worden ist, beidemal hat er keine Sachherrschaft inne. Aber der Entleiher ist nur noch mittelbar, der Bestohlene dagegen ist nach wie vor unmittelbar zum Besitz berechtigt.

445) Vgl. Heck, Sachenrecht § 66, 2; oben zu Note 47.

Ausübungsüberlassung entstandenen Opferlage kraft des Fortwirkungsanspruchs Herrschaftsrecht an der Sache bleibt, während es bei seiner Veräußerung durch ein Forderungsrecht an dem Fortwirkungsanspruch abgelöst wird. Das eine Mal soll das unmittelbar zum Besitz berechtigende Sachherrschaftsrecht des Dritten nur auf Zeit bestehen bleiben, später aber der verlorene Zuweisungsgehalt des fortbestehenden Eigentumsrechts wieder in das Eigentumsrecht zurückfallen und dieses sich damit in ein unmittelbares Recht zum Besitz zurückverwandeln. Das andere Mal soll der Dritte endgültig unmittelbar zum Besitz berechtigter neuer Eigentümer werden, wozu der bisherige Eigentümer über die bloße Sachherrschaft hinaus auch das Herrschaftsrecht an der Sache aufgibt.

Noch einmal hervorzuheben und zugleich gegen mögliche Mißverständnisse abzusichern ist, daß wir das vom Eigentümer einem Dritten zur Ausübung überlassene Herrschaftsrecht an der Sache als "mittelbares" Herrschaftsrecht bezeichnet haben. Die vom Eigentümer an den Dritten verlorene Herrschaftsmacht über seine Sache ist, wie wir nicht noch einmal zu wiederholen brauchen, ihrer allem Recht schon vorgegebenen, tatsächlichen Natur entsprechend immer "unmittelbar". Von der demgegenüber normativ zu verstehenden, ein subjektives Recht an der Sache konstituierenden Zuweisung solcher Herrschaftsmacht an einen Einzelnen oder, wie hier außer an den Eigentümer auch an einen Dritten, also an mehrere bestimmte Einzelne, gilt dies nicht. Zwar macht die Zuweisung der Sachherrschaft sowohl an den Eigentümer als auch an den Dritten das subjektive Recht eines jeden von ihnen zum Herrschaftsrecht an derselben Sache. Aber nur hinsichtlich des Drittbesitzrechts ist sie, wie auch zuvor für das noch nicht zur Ausübung überlassene Eigentumsrecht, unmittelbare Zuweisung. Für das bereits zur Ausübung überlassene Eigentumsrecht hingegen ist sie mittelbare Zuweisung: Während dem Besitzer für die Dauer seines unmittelbaren Rechts zum Besitz die Herrschaftsmacht über die Sache zusteht, steht dem so lange nur mittelbar besitzberechtigten Eigentümer ein aus seinem Recht erwachsender und auf die Herausgabe dieser berechtigten Sachherrschaft gerichteter, in einer Opferkondiktion

bestehender Fortwirkungsanspruch gegen den Besitzer zu. Mit anderen Worten, das Nebeneinander von Eigentum als mittelbarem und Drittrecht als unmittelbarem Herrschaftsrecht an der Sache, von mittelbarem und unmittelbarem Recht zum Besitz, stellt die im Wege einer inneren Abstufung dieser Rechte gewonnene Lösung des Kollisionsproblems dar, welches sich daraus ergibt, daß beide Rechte denselben Gegenstand haben[446]. Im übrigen hat auch dieses durch einen Opferanspruch fortwirkende mittelbare Herrschaftsrecht an der Sache oder mittelbare Recht zum Besitz nichts mit einem Schuldverhältnis zu tun, das den Berechtigten mit dem Eigentümer verbinden kann. Nach wie vor auf der Zuweisung der Herrschaftsmacht über die Sache beruhend, ist vielmehr auch das nur noch mittelbar zum Besitz berechtigende Eigentumsrecht "absolutes" und umfassend drittgeschütztes Herrschaftsrecht an der Sache.

cc) Ein entsprechendes - beschränkt dingliches oder nur persönliches - mittelbares Recht zum Besitz erwirbt auch ein Dritter, an den das Eigentumsrecht als bereits nur noch mittelbares Recht zum Besitz nunmehr erneut zur Ausübung überlassen wird.

Für eine solche Ausübungsüberlassung, bei welcher der Eigentümer sein Recht an der Sache und mit ihm auch die Verfügungsmacht über dieses Recht weiterhin behält, ist dem Gesetz folgend erforderlich, daß dem Dritten "der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird"; § 870 BGB. Diese Vorschrift behandelt das Gegenstück zur Ausübungsüberlassung des unmittelbaren Rechts zum Besitz, also gerade etwa des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts, zu

446) Zur Klarstellung: Der hier behandelte Unterschied von unmittelbarer und mittelbarer Zuweisung der Sachherrschaft, von unmittelbarem und mittelbarem Herrschaftsrecht an einer Sache, hat nichts mit der von Diederichsen für das unmittelbare Drittbesitzrecht getroffenen und dort in dieselbe Ausdrucksweise gekleideten Unterscheidung zu tun. Danach soll das persönliche Recht zum Besitz, da über ein Schuldverhältnis mit dem Eigentümer vermittelt, als mittelbares Herrschaftsrecht, das von einer solchen Schuldbeziehung unabhängige dingliche Recht zum Besitz dagegen als unmittelbares Herrschaftsrecht an der Sache anzusehen sein; oben bei Note 312. Dies war bereits oben bei Note 402 als unzutreffend zu widerlegen.

wiederum unmittelbarem Besitzrecht des Dritten durch die Übergabe der Sache. Aber sie ist ungenau. Sieht man im Forderungsrecht richtigerweise das subjektive Recht an einem Anspruch, so heißt Abtretung im Sinne von § 398 BGB Abtretung dieses Rechts und nicht seines in dem Anspruch bestehenden Gegenstandes. Ebenso wird aber auch hier nicht der Herausgabeanspruch eines vermeintlichen mittelbaren Besitzers abgetreten. Es wird vielmehr aus einem mittelbaren Recht zum Besitz, nämlich dem mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentum, aus welchem der Herausgabeanspruch fließt, ein ebenfalls wieder mittelbar zum Besitz berechtigendes Herrschaftsrecht an derselben Sache herausgespalten, aus dem der Herausgabeanspruch nunmehr hervorgeht.

Auch insoweit ergibt sich für das schon in der Besitzrechtslage befindliche Eigentumsrecht eine wichtige Strukturparallele zum Eigentumsrecht in der Vindikationslage. Zunächst darf heute als ausgetragen gelten, daß die Vindikation für sich genommen nicht abgetreten werden kann[447]. Soll sie endgültig auf einen Dritten übergehen, bedarf es vielmehr des durch die Übereignung der Sache zu bewirkenden Übergangs des verletzten Eigentumsrechts, dessen Ausfluß sie bildet und das durch sie als dasselbe Sachherrschaftsrecht fortbesteht[448]. Die aus dem mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrecht fließende, ebenfalls auf Herausgabe gerichtete Leistungs- oder sonstige Opferkondiktion, die in § 870 BGB erfaßt wird und mit dieser Darstellung im Gesetz, da richtig gesehen auf das Recht zum Besitz bezogen, wieder nur irrtümlich in die Vorschriften der §§ 854 ff BGB über den Besitz hineingeraten ist, kann für sich genommen in Wahrheit ebensowenig abgetreten werden wie die Vindikation. Soll sie endgültig auf einen Dritten übergehen, ist der durch Übereignung der Sache zu bewirkende Übergang des zur Ausübung überlassenen Eigentumsrechts notwendig, dessen Ausfluß sie bildet und das wiederum nur

447) Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 VI 3; Westermann, Sachenrecht § 30 I 3; Baur, Sachenrecht § 11 C I 3 a, aa; je m.w. Nachw. Oben Note 65.

448) So im Ergebnis die in der vorigen Note Genannten. Im übrigen hierzu schon oben bei Note 65 sowie Note 393.

durch sie überhaupt als dasselbe Sachherrschaftsrecht fortbesteht. Nach herrschender Auffassung ist es weiter aber dem Eigentümer möglich, einen Dritten zu ermächtigen, die Vindikation in eigenem Namen geltend zu machen[449]. Eine derartige, auf die Vindikation selbst bezogene "Einziehungsermächtigung" kann jedoch nicht anerkannt werden. In Wirklichkeit handelt es sich in einem solchen Fall um eine Überlassung des verletzten Eigentumsrechts zur Ausübung an den Dritten[450]. Dabei findet sich die Vindikation des Eigentümers in ihrer ursprünglichen Gestalt in dem Herausgabeanspruch des Dritten gegen den Besitzer als Eingriffskondiktion wieder, welche einen bloßen Ausfluß des mit der Ausübungsüberlassung des Eigentums entstandenen, nämlich aus dem Eigentumsrecht herausgespaltenen unmittelbaren Rechts des Dritten zum Besitz bildet. Daneben steht aber auch dem nunmehr mittelbar zum Besitz berechtigten Eigentümer -außer der mit der Ausübungsüberlassung seines Rechts entstandenen Opferkondiktion gegen den Dritten- noch eine inhaltlich abgewandelte, auf Herausgabe an den Dritten eingeschränkte Vindikation gegen den Besitzer zu. Mit einer entsprechenden Ausübungsüberlassung des - zuvor schon einmal einem anderen zur Ausübung überlassenen - Eigentumsrechts haben wir es nun jedoch auch in dem für uns jetzt im Vordergrund stehenden Fall zu tun: Nicht etwa wird ein Herausgabeanspruch aus "mittelbarem Besitz" gegen einen "unmittelbaren Besitzer" als solcher einem Dritten abgetreten oder der Dritte auch nur "ermächtigt", auf den Anspruch für sich genommen gestützt, von einem "unmittelbaren Besitzer" in eigenem Namen Herausgabe zu verlangen. Vielmehr wird das zuvor dem unmittelbar besitzberechtigten Besitzer zur Ausübung überlassene und seither nur noch mittelbar zum Besitz berechtigende Eigentumsrecht erneut, nämlich diesmal dem Dritten zur Ausübung überlassen. Der bisher dem Eigentümer und nunmehr dem Dritten und jetzigen Zwischenmann zustehende Herausgabeanspruch gegen den Besitzer ist wiederum nur der Ausfluß des aus dem Eigentumsrecht herausgespaltenen mittelbaren Besitzrechts des Dritten. Dieses Recht aber ist seinerseits einer aus dem Eigentumsrecht mit

449) Nachweise wiederum oben Note 447; BGH LM Nr. 24 zu § 985 BGB.
450) Dazu schon oben Note 393.

dessen erneuter Ausübungsüberlassung hervorgegangenen Opferkondiktion unterworfen. Damit ist der Eigentümer jetzt zweitstufig mittelbar, der Dritte erststufig mittelbar und der Besitzer unmittelbar zum Besitz berechtigt. Es entsteht also ein Besitzrechtsgebäude, dessen gesetzliche Wiedergabe in § 871 BGB wiederum zu Unrecht in die Vorschriften der §§ 854 ff. BGB über den Besitz hineingezogen worden ist: Liegt doch gerade keine "Besitzmittlungskette", sondern eine "Besitzrechtsmittelungskette" vor.

Die in § 870 BGB mit der Abtretung angesprochene Einigung ist nicht anders als ihr Gegenstück in der Übergabe eine schlichte Einigung und für den Leistenden eine schlichte Verfügung über sein Recht. Wie für die Entstehung eines unmittelbaren Drittbesitzrechts, so ist auch für die Entstehung eines mittelbaren Drittbesitzrechts gleichgültig, ob die schon mit einer derartigen schlichten Einigung als solcher kraft der Verfügungsmacht des Eigentümers vorgenommene Ausübungsüberlassung des mittelbar zum Besitz berechtigenden Sachherrschaftsrechts an einen Dritten von vornherein gewollt gewesen oder nur unfreiwillig durch das Scheitern einer über sie hinaus beabsichtigten Veräußerung des Rechts zustandegekommen ist. Mittelbar zum Besitz berechtigt wird der Dritte nicht nur dann, wenn er als neuer Mieter zwischen den Eigentümer und den von diesem bereits früher eingesetzten Mieter und nunmehrigen Untermieter rückt, wenn ihm die vom Eigentümer anderwärts eingelagerte Ware verpfändet wird, oder auch, wenn er zur Abholung der noch beim Lagerhalter ruhenden Ware schon "ermächtigt" wird, diese ihm aber erst zu einem späteren Zeitpunkt dann auch übereignet werden soll. Mittelbar zum Besitz berechtigt wird er auch dann, wenn die Übereignung des vermieteten Grundstücks oder des eingelagerten Gutes fehlschlägt. Hiervon abgesehen steht, wie neben der rechtsgeschäftlichen Ausübungsüberlassung des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts durch die Übergabe der Sache, so auch neben der rechtsgeschäftlichen Ausübungsüberlassung des nur noch mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts durch die hier erörterte schlichte Einigung wieder eine entsprechende Ausübungsüberlassung dieses Rechts kraft Gesetzes oder Hoheitsakts.

Ebenso wie bei der Veräußerung des mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts ist weiter auch bei der Ausübungsüberlassung dieses Rechts oder, was nur dasselbe ist, seiner Belastung unerheblich, ob das vom Eigentümer mit seiner Leistung in Bezug genommene Schuldverhältnis tatsächlich überhaupt vorhanden ist. Und ist es vorhanden, so ist ohne Bedeutung, ob es fortan vollwirksam bestehen bleibt oder später mit Wirkung e tunc oder ex nunc wieder aufgelöst wird. Das erststufig mittelbare Sachherrschaftsrecht desjenigen, dem wie dem Untervermieter das Eigentum nur zu persönlichem Recht zur Ausübung überlassen worden ist, beruht genausowenig wie das entsprechende dingliche Sachherrschaftsrecht etwa des Pfandgläubigers an anderweit verwahrtem Gut auf einem Schuldverhältnis des Berechtigten mit dem Eigentümer. Es gründet vielmehr, nicht anders als auch das nunmehr zweitstufig mittelbare Sachherrschaftsrecht des Eigentümers und auch das unmittelbare Sachherrschaftsrecht des Besitzers, allein auf der Zuweisung der Herrschaftsmacht über die Sache: Nicht nur das beschränkt dingliche, sondern auch das persönliche mittelbare Recht eines Dritten zum Besitz ist "absolutes" Recht. Was trotzdem beide voneinander unterscheidet, ist wieder die allein dem dinglich mittelbar Besitzberechtigten zustehende Verfügungsmacht über sein Recht[451]: Der dinglich mittelbar Besitzberechtigte, wie hier der Pfandgläubiger, kann sein Recht im Rahmen seiner Verfügungsmacht aus eigener Machtvollkommenheit auf jeden beliebigen Dritten übertragen. Das nur persönliche mittelbare Besitzrecht eines Dritten wie dasjenige des Untervermieters bleibt dagegen mangels solcher Verfügungsmacht auf die Person des Berechtigten zugeschnitten und kann ohne die Zustimmung des Eigentümers nach § 185 BGB nicht übertragen werden.

Halten wir also noch einmal fest: Wie bei der Ausübungsüberlassung des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts an einen anderen ein nur persönliches oder aber beschränkt dingliches unmittelbares Sacherrschaftsrecht entsteht, so entsteht auch bei

---

451) Vgl. wieder oben zu Note 6 und 8 und zu Note 387.

der entsprechenden Ausübungsüberlassung des nur noch mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts wieder ein persönliches oder beschränkt dingliches mittelbares Sachherrschaftsrecht. Ob Recht zum Besitz des Eigentümers, des Zwischenmanns oder des Besitzers, auf allen Besitzrechtsstufen handelt es sich um ein Herrschaftsrecht an derselben Sache[452].

dd) Weiter ist auch am mittelbar zum Besitz berechtigenden Sachherrschaftsrecht der Prozeß der Verdinglichung festzustellen, welcher der Entstehung der einzelnen Typen des dinglichen Herrschaftsrechts an einer Sache einschließlich des Eigentumsrechts zugrunde liegt.

Dies ist vor allem wieder an der Übertragung des Eigentumsrechts zu zeigen. Das mittelbar zum Besitz berechtigende Eigentumsrecht kann einem Dritten zu seinerseits mittelbarem und zunächst nicht mehr als nur persönlichem Besitzrecht zur Ausübung überlassen werden. Die hierzu erforderliche Einigung im Sinne von § 870 BGB wird etwa der auf längere Zeit ins Ausland reisende Eigentümer eines verpachteten Grundstücks mit einem für die Dauer seiner Abwesenheit als Verwalter eingesetzten Dritten vornehmen. Eine entsprechende Ausübungsüberlassung ergibt sich beispielsweise aber auch dann, wenn die über eine solche schlichte Einigung hinaus beabsichtigte Bestellung eines Nießbrauchs an im Bankdepot befindlichen Wertpapieren oder eine über die schlichte Einigung hinaus sogar beabsichtigte Veräußerung des Eigentums durch die Übereignung des verpachteten Grundstücks oder der in Verwahrung gegebenen Wertpapiere gescheitert oder auch noch nicht vollendet ist. Soll das Eigentumsrecht demgegenüber dem Dritten zu beschränkt dinglichem mittelbarem Besitzrecht ausübungsweise überlassen werden, ist die Erweiterung der schlichten Einigung zur wirksamen Bestellung eines solchen Drittrechts notwendig. Dies geschieht in der Weise, daß man dem Dritten beschränkte Verfügungsmacht über das mit der schlichten Einigung als solcher zunächst nur als persönliches Sachherrschaftsrecht entstehende Drittbesitzrecht

452) Dazu wieder oben Note 389.

verleiht. Das ist der Fall, wenn an dem verpachteten Grundstück ein Nießbrauchsrecht vereinbart oder wenn ein an ein Museum ausgeliehenes Gemälde verpfändet wird. Die schlichte Einigung kann aber vollends auch dahin erweitert werden, daß der Dritte über das mit ihr erlangte, insoweit jedoch jeder nur persönliche mittelbare Sachherrschaftsrecht wirksam die unbeschränkte Verfügungsmacht verliehen erhält. Damit schlägt die Überlassung des Eigentumsrechts zur Ausübung in seine Veräußerung zu unbeschränkt dinglichem Besitzrecht des Dritten, mit anderen Worten also in die Übereignung der Sache um: Der Dritte wird neuer Eigentümer; das Besitzrechtsmittlungsverhältnis zwischen ihm und dem Eigentümer geht unter.

Und auch hier läßt sich dieser über die Teilverdinglichung des zunächst einmal nicht mehr als persönlichen mittelbaren Sachherrschaftsrechts des Erwerbers bis hin zu dessen Vollverdinglichung fortschreitende Prozeß wieder in der umgekehrten Richtung verfolgen. Fällt etwa das auf den Dritten übergegangene, mittelbar zum Besitz berechtigende Eigentumsrecht durch Anfechtung oder durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung später mit Wirkung ex tunc oder ex nunc wieder an den Veräußerer zurück, entsteht das Besitzrechtsmittlungsverhältnis zwischen diesem und dem Erwerber neu. Der Erwerber hat nun zwar nicht mehr die unbeschränkte Verfügungsmacht über sein mittelbares Sachherrschaftsrecht. Aber er verliert nicht auch dieses selbst. Von seinem bisher unbeschränkt dinglichen mittelbaren Besitzrecht bleibt ein wenigstens noch persönliches mittelbares Recht zum Besitz zurück: Das bis dahin veräußerte Eigentumsrecht ist ihm noch immer wenigstens zu persönlichem Besitzrecht zur Ausübung überlassen. Entsprechend verliert der Dritte mit den Erlöschen seines Nießbrauchs- oder Pfandrechts, sei es mit Wirkung ex tunc wie bei der Anfechtung, sei es mit Wirkung ex nunc wie bei Zeitablauf bzw. Begleichung der gesicherten Schuld, zwar die beschränkte Verfügungsmacht über sein mittelbares Sachherrschaftsrecht. Aber er verliert nicht auch dieses Recht selbst. Das Eigentumsrecht bleibt ihm vielmehr auch jetzt noch, wenngleich nicht länger zu dessen dinglichem, so doch immer noch zu persönlichem mittelbarem Besitz-

recht ausübungsweise überlassen. Zu einem nach anfänglicher voller oder nur beschränkter Verdinglichung schließlich noch übrigen persönlichen oder auch, wie in den zunächst angeführten Beispielen, schon von vornherein nur persönlichen mittelbaren Besitzrecht ist ihm das Eigentumsrecht erst dann nicht mehr zur Ausübung überlassen, wenn die Beteiligten ihre ursprüngliche schlichte Einigung durch eine dieser entgegengesetzte schlichte Einigung wieder aufgehoben haben. Das muß natürlich nicht ausdrücklich, sondern kann auch konkludent geschehen.

Wie das persönliche unmittelbare Sachherrschaftsrecht läßt sich demnach auch das persönliche mittelbare, für sich betrachtet gleichfalls "farblose" Sachherrschaftsrecht als zum einzelnen Typus des dinglichen Rechts an der Sache verdinglichbarer Kern betrachten, der schließlich bei einer Entdinglichung dieses Rechts wieder zurückbleibt.

ee) Die Vorschrift des § 870 BGB gibt ein Rechtsgeschäft wieder, nämlich eine Einigung der Beteiligten, die für den Leistenden eine Verfügung über sein Recht einschließt. Durch diese Einigung und schon durch sie allein wird das mittelbare Recht zum Besitz, also gerade etwa das mittelbar zum Besitz berechtigende Eigentumsrecht, einem Dritten zu zunächst wenigstens persönlichem mittelbaren Besitzrecht ausübungsweise überlassen. Allerdings ist, wie bereits gesagt, diese die Zuweisung der Herrschaftsmacht über die Sache an den Dritten begründende Einigung der Beteiligten nur eine schlichte Einigung und mit ihr die Verfügung des Leistenden nur eine schlichte Verfügung. Sie bleibt daher, anders als die herrschende Ansicht will[453], den Voraussetzungen der Nichtigkeit und Vernichtbarkeit eines Rechtsgeschäfts entzogen. Dem steht wieder eine qualifizierte Einigung der Beteiligten und qualifizierte Verfügung des Leistenden gegenüber, welche das persönliche mittelbare Herrschaftsrecht des Erwerbers durch die Verleihung von beschränkter oder voller Verfügungsmacht über das Recht teilweise bzw. voll verdinglicht.

453) Statt aller: Wolff-Raiser, Sachenrecht § 14 II 2.

Auch für eine Ausübungsüberlassung des mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts zu nicht nur persönlichem, sondern beschränkt dinglichem und für seine Veräußerung zu unbeschränkt dinglichem Recht des Erwerbers ist also eine doppelte, nämlich eine schlichte und eine qualifizierte Einigung erforderlich. Und auch hier ist das mit einer solchen Unterscheidung erneut behauptete Gefälle in der Höhe der Gültigkeitsanforderungen an den Verfügungsvertrag wieder mit der spezifischen Machtvollkommenheit des Erwerbers zu erklären, welche diesem erst mit der Verdinglichung des erlangten mittelbaren Sachherrschaftsrechts zuwächst: Mit der Machtvollkommenheit, über dieses Recht nun auch seinerseits selbständig zu verfügen[454].

Zumindest bei der Übertragung des nur noch mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentums an Fahrnis läßt auch das Gesetz das zweigliedrige Gesamtgeschäft, das der doppelte Inhalt dinglicher Sachherrschaftsrechte nach sich zieht, wieder klar in Erscheinung treten. Das ist bei der Ausübungsüberlassung solchen Eigentums zu beschränkt dinglichem Recht des Erwerbers wie etwa noch einmal bei der Einräumung eines Nießbrauchs an bei einer Bank deponierten Wertpapieren oder bei der Verpfändung von in Verwahrung gegebenen Schmuck der Fall (§ 1032 Satz 1, Satz 2 i.V.m. § 931, § 1205 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB). Und das ergibt sich im besonderen auch bei der Veräußerung des mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentums zu unbeschränkt dinglichem Recht des Erwerbers wie bei der Übereignung von einem Dritten anvertrautem Gut (§ 929 Satz 1 i.V.m. § 931 BGB): Mit der "Abtretung des Herausgabeanspruchs" (§ 931 BGB), bei welchem es sich immer nur um den sogenannten "Herausgabeanspruch aus mittelbarem Besitz" oder richtiger um die Leistungs- oder eine sonstige Opferkondiktion aus dem mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentum und niemals um die vor der Vindikation zu sehende Eingriffskondiktion aus dem Eigentum handelt, wird aus dem Eigentumsrecht in schlichter Einigung (§ 870 BGB) ein für sich genommen nur persönliches und wiederum nur mittelbares Sachherrschaftsrecht des Erwerbers herausgestalten. Dasselbe Ergebnis hat die "Übertragung des mittelbaren Besitzes" (§ 1205 Abs. 2 BGB). Erst die zu einer solchen schlichten

454) Vgl. dazu wieder oben bei Note 392.

Einigung hinzutretende, dieses Recht teilweise oder voll verdinglichende und vom Gesetz allein als "Einigung" bezeichnete qualifizierte Einigung darüber, daß der Erwerber das Recht als Nießbrauchs- oder Pfandrecht oder aber als Eigentumsrecht haben soll, verleiht dem Erwerber auch Verfügungsmacht über sein Recht. Zu solcher Verfügungsmacht kommt der Erwerber wieder dadurch, daß der sein eigenes Recht übertragende Eigentümer die Verfügungsmacht über das Eigentumsrecht vervielfältigt oder aber vollständig aufgibt. Bei alledem ist es im Unterschied zu der üblichen Entgegensetzung von "tatsächlich" verstandener "Übergabe" und "rechtsgeschäftlich" aufgefaßter "Einigung" bei der Übertragung des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentums hier auch für die herrschende Ansicht klar, daß es sich um ein aus einer doppelten Einigung zusammengesetztes Gesamtgeschäft handelt[455]. Abweichend hiervon kommt bei der Über-

455) Seit jeher gilt als problematisch, wie sich die Vorschrift des § 931 BGB damit verträgt, daß die Vindikation in der Besitzrechtslage ausgeschlossen ist. Indes ist dann immer ein "Herausgabeanspruch aus mittelbarem Besitz" oder richtiger ein Herausgabeanspruch aus dem mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrecht vorhanden, der sich auf das unmittelbare Besitzrecht des Dritten richtet, und zwar unabhängig davon, ob der Dritte die Sachherrschaft als Fremd- oder als Eigenbesitzer innehat. Ein anderer als dieser Anspruch ist in § 931 BGB überhaupt nicht einschlägig. Das gilt nicht nur in dem Sinne, daß schon allein mit der "Abtretung des Herausgabeanspruchs aus dem mittelbaren Besitz" das Eigentum und als dessen Ausfluß auch die Vindikation auf den Erwerber übergeht; so aber BGH NJW 1959, 1536 (1538); Wolff-Raiser, Sachenrecht § 67 II 1; Westermann, Sachenrecht § 41 II 4 a; Baur, Sachenrecht § 51 VI 1 a; je m.w.Nachw. Die Vindikation wird vielmehr als Eingriffskondiktion von der in dem "Herausgabeanspruch aus mittelbarem Besitz" gelegenen Opferkondiktion aus dem Eigentum vollständig verdrängt. Davon abgesehen geht die Opferkondiktion, wie dargelegt, durch die in § 870 BGB gemeinte Einigung gleichfalls nur mit dem bloß noch mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrecht als dessen Ausfluß auf den Erwerber über. Wo dem nichtbesitzenden Eigentümer allein die Vindikation oder überhaupt kein Herausgabeanspruch zusteht, kann es sich bloß darum handeln, das Eigentum als nicht nur noch mittelbares, sondern unmittelbares Recht zum Besitz zu übertragen. Diese Fälle aber sind entgegen der herrschenden Ansicht schon von vornherein überhaupt nicht unter § 931 BGB, sondern allein unter § 929 Satz 1 BGB zu erörtern.

Auch in dem hier behandelten Zusammenhang tritt die Aufgliederung des Gesamtgeschäfts in ein schlichtes und ein qualifiziertes Rechtsgeschäft wieder dann besonders deutlich in Erscheinung, wenn das letztere erst später nachfolgt. So kann etwa der Eigen-

tragung des mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentums an einem

tümer, der sein Kraftfahrzeug in Reparatur gegeben hat, und es selbst abzuholen verhindert ist, einen anderen mit der Abholung des Wagens betrauen. Auf diese Weise verschafft er dem Beauftragten mit der "Übertragung des mittelbaren Besitzes" durch die "Abtretung des Herausgabeanspruchs" in einer schlichten Einigung nach § 870 BGB ein zunächst nur persönliches mittelbares Herrschaftsrecht an der Sache. Aber er kann den Wagen jetzt auch noch vor der Abholung dem Beauftragten übereignen oder verpfänden. Dazu bedarf es nur noch einer das persönliche mittelbare Drittbesitzrecht voll bzw. teilweise verdinglichenden, qualifizierten "Einigung" darüber, daß der Beauftragte den Wagen künftig als Eigentümer oder Pfandgläubiger behalten darf. So §§ 929 Satz 2, 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB, die hier freilich nur analog heranziehbar sind. Denn ihrem unmittelbaren Wortlaut nach gehen diese Vorschriften nur davon aus, daß die Übergabe der Sache, nicht auch, daß die der Übergabe entsprechende schlichte Einigung nach § 870 BGB entbehrlich ist.

Hat ein dem Eigentümer gegenüber unmittelbar zum Besitz berechtigter Besitzer wie etwa der Entleiher die Sache verloren und ist sie noch nicht wiedergefunden worden, oder hat man diesem Entleiher die Sache entwendet und befindet sie sich damit nunmehr in der Hand eines Dritten, so erfordert eine Übereignung der Sache ebenfalls sowohl eine hinter der "Abtretung des Herausgabeanspruchs" gegen den Entleiher liegende schlichte Einigung nach § 870 BGB als auch eine qualifizierte "Einigung" zwischen dem nur noch mittelbar zum Besitz berechtigten Eigentümer und dem Erwerber; § 929 Satz 1 i.V.m. § 931 BGB. Dabei richtet sich der Herausgabeanspruch gegen den Entleiher, der aus dem auf den Erwerber übergegangenen, mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentum fließt, nicht auf den gar nicht mehr vorhandenen Besitz des Entleihers, sondern auf dessen - ebenso wie das mittelbare Besitzrecht des Veräußerers und nun des Erwerbers - von dem Besitzverlust als solches unberührtes unmittelbares Recht zum Besitz. Neben diesem Opferanspruch gegen den Entleiher steht als weiterer Ausfluß des mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentums die (gegenwärtige oder künftige) Vindikation des Erwerbers gegen den nicht zum Besitz berechtigten Dritten: diese wiederum ist gegenüber der entsprechenden, aus dem unmittelbaren Besitzrecht fließenden Eingriffskondiktion des Entleihers gegen denselben Dritten gemäß § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB inhaltlich abgewandelt. Entsprechendes muß gelten, wenn unter den gleichen Voraussetzungen das Eigentumsrecht einem anderen zu beschränkt dinglichem Recht ausübungsweise überlassen, also etwa die Sache verpfändet wird; § 1205 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB.

Auch wenn die Sache einem Dieb, der sie beim Entleiher entwendet hat, übereignet oder etwa auch wieder verpfändet werden soll, ist nicht auf eine (nur analog denkbare, vgl. vorletzten Absatz) Anwendung von §§ 929 Satz 2, 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB zurückzugreifen. Dann sind vielmehr nur § 929 Satz 1 i.V.m. § 931 bzw. § 1205 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB (unmittelbar) einschlägig: Der Erwerber erlangt mit der "Abtretung des Herausgabeanspruchs" oder "Übertragung des mittelbaren Besitzes" in schlichter Eini-

Grundstück - von der hier beiseite zu lassenden Grundbucheintragung abgesehen - im Gesetz wieder ausschließlich die verdinglichende, qualifizierte "Einigung" oder "Auflassung" zur Geltung (§§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dennoch wäre der Schluß verfehlt, hier liegen die Dinge grundsätzlich anders als für Fahrnis. Auch die Übertragung des bloß noch mittelbar zum Besitz berechtigenden Grundstückseigentums wie die Bestellung eines Nießbrauchs an einem vermieteten Gebäude und die Übereignung von verpachtetem Gelände ist ohne die schlichte Einigung der Beteiligten im Sinne von § 870 BGB nicht vollständig vollzogen. Denn nur eine solche Einigung verschafft dem Erwerber das mittelbare Sachherrschaftsrecht, welches die "Auflassung" oder sonstige qualifizierte "Einigung" dann allein noch verdinglicht. De lege lata freilich ist das nur im Wege einer Auslegung der Vereinbarung der Beteiligten zu erschließen, die auch diese hinter der qualifizierten und regelmäßig allein beachteten Einigung stehende schlichte Einigung ans Licht hebt[456].

Andererseits aber ist wieder dort, wo die Übertragung des mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts zu dinglichem Recht des Erwerbers den Anforderungen an Geltung und Bestand der qualifizierten, verdinglichenden Einigung nicht genügt, immer noch eine schlichte Einigung der Beteiligten im Sinne von § 870 BGB und eine schlichte Leistung des Eigentümers vorhanden. Auch wenn also die Veräußerung des Eigentumsrechts zu unbeschränkt dinglichem mittelbarem Besitzrecht durch die Übereignung der Sache oder wenn seine Ausübungsüberlassung zu beschränkt dinglichem mittelbarem Drittbesitzrecht im Wege der Bestellung eines dahingehenden typengebundenen Sachherrschaftsrechts schon gar nicht wirksam wird oder doch nachträglich wieder entfällt, ist dem Erwerber das Eigentumsrecht doch immer noch wenigstens zu persönlichem mittelbarem Drittbesitzrecht zur Ausübung überlassen. Mag also etwa die Übereignung des verpachteten Grundstücks auch nicht zustandegekommen sein, weil der Ver-

---

gung nach § 870 BGB das vom Verlust des Besitzes an den Dieb als solches unberührte mittelbare Recht zum Besitz, das durch die qualifizierte "Einigung" verdinglicht wird. Er muß die Sache aber dem in seinem unmittelbaren Besitzrecht als solchem durch den Besitzverlust ebenfalls unberührten Entleiher herausgeben, der mit einer der Vindikation entsprechenden Eingriffskondiktion gegen ihn vorgehen kann.

Vgl. im übrigen oben Note 393.

456) Vgl. oben zu Note 394.

äußerer unerkannt geisteskrank oder noch nicht ganz volljährig war, oder mag beispielsweise die schon wirksam gewordene Bestellung eines Pfandrechts an eingelagertem Gut später mit Erfolg wieder angefochten worden sein: Auch dann besteht im Ergebnis kein Unterschied zu dem Fall, daß die Beteiligten schon von vornherein nicht mehr als eine Ausübungsüberlassung zu nur persönlichem mittelbaren Drittrecht gewollt und sich daher von Anbeginn auf eine schlichte Einigung beschränkt haben, daß also etwa zwischen den Eigentümer des vermieteten Grundstücks und den Mieter ein Vermögensverwalter des Eigentümers neu eingerückt ist[457].

Dies ist vor allem wiederum für die funktionsgerechte Eingrenzung der Vindikationshaftung erheblich, die sich immer nur als Eingriffsschutz des Eigentumsrechts verstehen läßt. Nach zwar keineswegs unbestrittener, jedoch ganz herrschender Ansicht ist Besitzer im Sinne des § 985 BGB auch der "mittelbare Besitzer"[458]. Die Zweifel an dieser Auffassung bestehen jedoch zu Recht. Hat man nur erst dazu durchgefunden, daß sich hinter einem solchen "mittelbaren Besitz" in Wirklichkeit kein Besitz, sondern das mittelbare Recht zum Besitz verbirgt, nämlich das nur noch mittelbar zum Besitz berechtigende subjektive Herrschaftsrecht an einer Sache, so ist auch klar, daß er nicht das Ziel der Vindikation bilden kann. Wer ein derartiges mittelbares Sachherrschaftsrecht vom Eigentümer ableitet, der sich mit ihm hierüber geeinigt und ihm gegenüber darin eine Leistung vollzogen hat, ist kein möglicher Gegner einer in der Vindikation zu sehenden Eingriffskondiktion des Eigentümers. Er unterliegt vielmehr allein dessen Leistungskondiktion. An der herrschenden Meinung ist sachlich jedoch so viel richtig, daß diese die Vindikation hier in Wirklichkeit ausschließende Leistungskondiktion gleichfalls ein auf Herausgabe gerichteter Anspruch aus dem Eigentumsrecht ist. Immer aber ist dabei unerheblich, wie noch einmal betont sei, ob das von den

---

457) Das heißt, daß man entgegen der herrschenden Ansicht auch hier wieder im Verhältnis von schlichter und qualifizierter Einigung § 139 BGB nicht anwenden kann. Vgl. oben Note 395.

458) RGZ 2, 161 (166); 12, 360 (397); Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 II; Westermann, § 30 II 3. Dagegen jedoch schon Enneccerus, Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches, AcP 87 (1897) 10 (68ff.).

Beteiligten zugrunde gelegte Schuldverhältnis tatsächlich überhaupt wirksam zustandegekommen ist bzw. später wieder aufgelöst wird. Die auf die Entstehung eines wenigstens persönlichen mittelbaren Sachherrschaftsrechts des Erwerbers gerichteten Wirkungen der schlichten Einigung lassen sich daher auch hier wieder nicht etwa mit der Behauptung übergehen, eine solche Einigung sei ein Verfügungsgeschäft von "kausaler" Natur und komme daher ohne ein vollwirksames Schuldverhältnis überhaupt nicht zur Geltung[459]. Nur so wird man auch in diesem Bereich den unterschiedlichen Voraussetzungen von Eingriffsschutz und Opfersicherung des Eigentumsrechts gerecht.

ff) Ermittelt man auch im nur persönlichen mittelbaren Drittbesitzrecht ein Herrschaftsrecht an der Sache, stößt man noch einmal auf die Frage, ob sich das mit dem sachenrechtlichen Typenzwang in Einklang bringen läßt. Hier allerdings verliert diese Frage dann viel von ihrer Schärfe, wenn man das mittelbare Recht zum Besitz in genau demselben "mittelbaren Besitz" wiedererkannt hat, den man gemeinhin dem subjektiven Herrschaftsrecht an der Sache glaubt gegenüberstellen zu müssen und eben darum von der Problematik des Typenzwangs nun auch gänzlich unberührt wähnt.

Immerhin aber ist auch hier wieder[460] hervorzuheben, daß sich der Typenzwang nicht auf die möglichen Herrschaftsrechte an einer Sache schlechthin, sondern allein auf deren dingliche Erscheinungsformen erstreckt. Die Zuweisung der Herrschaftsmacht über die Sache macht auch das nur persönliche mittelbare Recht zum Besitz zum absoluten Recht, zum Recht an der Sache. Was das einzelne Sachherrschaftsrecht darüber hinaus zum besonderen Typus eines dinglichen Rechts an der Sache werden läßt, ist erst die das zunächst nur persönliche Sachherrschaftsrecht verdinglichende Verfügungsmacht über das Recht. Der Typenzwang hebt nach dem ihm zugrunde liegenden Verkehrsschutzgedanken nicht auf die persönlichem und dinglichem Recht gemeinsame Zuweisung der Herrschaftsmacht über die Sache ab. Für ihn ist viel-

459) Vgl. oben zu Note 396/7.

460) Vgl. zum folgenden oben bei Note 399.

mehr die nur in einem dinglichen Recht enthaltene Verfügungsmacht überdas Recht maßgeblich, deren konkreter Umfang typenspezifisch festgelegt und dadurch für den Rechtsverkehr "genormt" wird. Er unterbindet daher keineswegs die Bildung nur persönlicher mittelbarer Sachherrschaftsrechte oder Rechte zum Besitz. Er engt nur die Ausformung entsprechender dinglicher Besitzrechte auf einige wenige, das Eigentumsrecht einschließende Typen ein.

Auch von hier aus betrachtet ist der sachenrechtliche Typenzwang nicht gleichbedeutend mit einem numerus clausus der dinglichen Rechte an einer Sache. Herausragendes Beispiel für die Durchbrechung dieses numerus clausus durch ein neues dingliches, in der Regel gerade nur mittelbar zum Besitz berechtigendes Sachherrschaftsrecht bildet die sogenannte Sicherungsübereignung[461]. Denn wie vor allem deren Behandlung im Konkurs zeigt, geht es hier in Wirklichkeit keineswegs um unbeschränkt dingliches Eigentum, sondern um ein beschränkt dingliches Herrschaftsrecht des Sicherungsnehmers an der Sache: Nach ständiger Rechtsprechung kann der Sicherungsnehmer im Konkurs des Sicherungsgebers nur absondern, der Sicherungsgeber im Konkurs des Sicherungsnehmers hingegen aussondern[462]. Ein solches beschränkt dingliches, erststufig mittelbares Recht des Sicherungsnehmers zum Besitz entsteht durch eine doppelte schlichte Einigung der Beteiligten in der Form des "Besitzkonstituts", kraft deren er Sicherungsgeber sogleich wieder unmittelbar Besitzberechtigter wird, aber auch zweitstufig mittelbar besitzberechtigter Eigentümer bleibt. Zu dieser doppelten schlichten Einigung tritt eine einfache qualifizierte Einigung hinzu, die das erststufig mittelbare Sachherrschaftsrecht des Sicherungsnehmers beschränkt verdinglicht. In gültige Konturen wird dieser gewohnheitsrechtlich herausgebildete, aber eben noch immer nicht voll ausgeprägte sachenrechtliche Typus allerdings erst dann gewonnen haben, wenn Praxis und Lehre den Umfang der einem Sicherungsnehmer zustehenden Verfügungsmacht über sein Recht verkehrstypisch festgelegt und damit dem vom Verkehrsschutzgedanken getragenen Typenzwang auch an diesem neuen beschränkt dinglichen Sachherr-

461) Wie weit sich dies hier auch in alle Einzelheiten hinein vertiefen ließe. Die umfassendste neuere Darstellung gibt Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung II, insbes. 71 ff., 111 ff. Zur Übersicht mit Rechtsprechungsnachweisen vor allem Baur, Sachenrecht § 57.

462) Hierzu etwa RGZ 124, 73 (75) einerseits, RGZ 94, 305 (307) andererseits.

schaftsrecht ungeschmälerte Geltung verschafft haben. Solange man freilich an der These vom angeblichen "Volleigentum" des Sicherungsnehmers festhält, wird das schon einfach deshalb nicht gelingen, weil es überflüssig scheint.

gg) Ob unbeschränkt dingliches Eigentumsrecht, beschränkt dingliches Drittrecht oder nur persönliches Drittrecht, stets ist auch das nur noch mittelbare Recht zum Besitz ein Herrschaftsrecht an der Sache. Als solches ist es wieder umfassend gegenüber jedem Dritten geschützt. Soweit dieser Drittschutz nicht Eingriffsschutz, sondern Opfersicherung ist, tritt er mit der Leistungs- oder sonstigen Opferkondiktion, dem Herausgabeanspruch gegen den unmittelbar zum Besitz berechtigten Besitzer, schon von vornherein in Erscheinung. Er besteht aber auch im Verhältnis zu jedem sonstigen Dritten.

Der Eingriffsschutz des mittelbaren Rechts zum Besitz - in der Formulierung von § 823 Abs. 1 BGB also des mittelbar zum Besitz berechtigenden "Eigentums" oder des einem anderen zustehenden "sonstigen" mittelbaren "Rechts" zum Besitz - wird durch dieselben bereicherungs- und deliktsrechtlichen Eingriffsansprüche gewährleistet, die auch das unmittelbare Recht zum Besitz schützen (§§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2, 985 und §§ 823 Abs. 1, 687 Abs. 2 BGB). Für diesen im übrigen auch wieder im Verhältnis eines persönlich oder dinglich mittelbar besitzberechtigten Dritten zum Eigentümer wirksamen Eingriffsschutz kann auf das verwiesen werden, was für das unmittelbare Recht zum Besitz ausgeführt worden ist. Insbesondere ist es also auch unabhängig von dem zugrunde gelegten Schuldverhältnis zum Eigentümer nicht zu rechtfertigen, den Eingriffsschutz eines nur persönlich mittelbar Besitzberechtigten hinter dem Eingriffsschutz eines dinglich mittelbar Besitzberechtigten zurückbleiben zu lassen. Der Mieter eines Grundstücks oder der Entleiher eines Kraftfahrzeugs, der mit Zustimmung des Eigentümers das Grundstück seinerseits einem Untermieter eingeräumt hat bzw. den Wagen einem Werkunternehmer in Reparatur gegeben hat, verdient denselben Schutz wie der Eigentümer oder Nießbraucher, der verpachtet hat, und wie der Pfandgläubiger an anderweitig in Verwahrung befindlichem Gut.

Für die Opfersicherung bei der Übertragung des mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts oder des mittelbaren Besitzrechts eines Dritten sorgt die Leistungskondiktion oder eine sonstige Opferkondiktion. Bei einer solchen, kraft eigener Verfügungsmacht des dinglich Berechtigten oder kraft der Zustimmung des Eigentümers zur Verfügung eines nur persönlich Berechtigten nach § 185 BGB wirksam vorgenommenen Übertragung ist wieder zwischen der Veräußerung und der Ausübungsüberlassung des Rechts zu unterscheiden.

Die Veräußerung eines mittelbaren Rechts zum Besitz ist nicht nur dort gegeben, wo etwa der Eigentümer die anderweitig eingelagerte Ware einem Abnehmer übereignet. Sie liegt auch dort vor, wo beispielsweise der Pfandgläubiger das Pfandrecht an dem in Verwahrung gegebenen Schmuck durch Zession der gesicherten Forderung auf einen anderen übergehen läßt oder wo mit Zustimmung des Eigentümers an die Stelle des bisherigen Verwalters eines vermieteten Hauses ein neuer Verwalter tritt. Dann ändert sich in der Besitzrechtsmittlungskette abgesehen davon nichts, daß an die Stelle des alten Zwischenmanns ein neuer rückt: Statt des bisherigen ist jetzt der neue Pfandgläubiger oder Verwalter der mit der Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts entstandenen Opferkondiktion des Eigentümers ausgesetzt. Und der Verwahrer oder Mieter ist nach wie vor der mit einer Ausübungsüberlassung schon des Eigentums oder aber des Rechts des bisherigen Pfandgläubigers oder Verwalters entstandenen Opferkondiktion unterworfen, die nunmehr dem neuen Pfandgläubiger oder Verwalter zusteht. Der Veräußerer des mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts oder Drittbesitzrechts hingegen ist durch eine wenigstens ihren Voraussetzungen nach mit der Leistung entstandene Opferkondiktion geschützt, kraft deren er etwa bei Nichtigkeit des Grundgeschäfts das auf den Erwerber übergegangene mittelbare Sachherrschaftsrecht zurückverlangen kann. Diese Opferkondiktion ist im Gegensatz zum Herausgabeanspruch aus dem mittelbaren Recht zum Besitz kein Anspruch aus einem fortbestehenden Recht an der Sache. Sie bildet vielmehr den Gegenstand eines Forderungsrechts, welches das verlorene Recht an

[illegible]tzt.

Nicht allein die Veräußerung, sondern auch die Ausübungsüberlassung des mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts und diejenige des mittelbaren Besitzrechts eines Dritten lassen sich wieder einander gegenüberstellen. Um letztere handelt es sich beispielsweise, wo der Nießbraucher für das verpachtete Grundstück einen Verwalter einsetzt. Ebenso liegt es etwa, wo der Mieter einer Maschine diese mit Zustimmung des Eigentümers einer auswärtigen Firma zu einer langwierigen Reparatur anvertraut hat und später, wiederum mit Zustimmung des Eigentümers, seinen dort ansässigen Agenten mit der Überwachung der Instandsetzungsarbeiten beauftragt. Damit folgen jetzt der bisher zweitstufig und nunmehr drittstufig mittelbar besitzberechtigte Eigentümer, der bisher erststufig und nunmehr zweitstufig mittelbar besitzberechtigte und bis dahin alleinige Zwischenmann, der ebenfalls wieder umfassend drittgeschützte erststufig mittelbar besitzberechtigte neue Zwischenmann und schließlich der unmittelbar besitzberechtigte Besitzer aufeinander: Der Besitzer ist Gegner einer nun dem neuen und zweiten Zwischenmann zustehenden Opferkondiktion, die mit einer früheren Ausübungsüberlassung des Sachherrschaftsrechts des Eigentümers oder des bisher alleinigen und ersten Zwischenmanns entstanden ist. Dieser erste Zwischenmann unterliegt einer Opferkondiktion des Eigentümers, die auf eine frühere Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts zurückgeht. Und ebenso ist nun auch wieder der zweite Zwischenmann einer Opferkondiktion des ersten Zwischenmanns ausgesetzt, die mit der jetzt vorgenommenen Ausübungsüberlassung von dessen Recht zum Besitz entstanden ist. Als Variation hierzu kann das erststufig mittelbare Besitzrecht eines Dritten auch wieder dem Eigentümer zur Ausübung überlassen werden. Mehr noch, die Ausübungsüberlassung des bis dahin erststufig mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts kann sogar mit derjenigen des damit entstehenden erststufigen mittelbaren Besitzrechts des Dritten zurück an den Eigentümer auch schon von vornherein durch ein "Besitzkonstitut" zu einem Akt zusammengezogen werden. Ein Beispiel der ersten Art wäre, daß der Nießbraucher später den Eigentümer zum Verwalter des verpachteten Grundstücks einsetzt. Ein praktisch besonders häufiger Fall im letzteren Sinne ergibt sich vor allem dann, wenn man die sogenannte Sicherungsüber-

eignung im Gegensatz zur herrschenden Ansicht zutreffend als eine "Sicherungsübertragung" betrachtet, die im Wege der Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts des Sicherungsgebers zu einem beschränkt dinglichen Sachherrschaftsrecht des Sicherungsnehmers vorgenommen wird. Hier ist etwa daran zu denken, daß der Eigentümer seine bei einem Lagerhalter ruhende Ware einem Kreditgeber zur Sicherheit überträgt, wobei das "Besitzkonstitut" - oder wieder richtiger das "Besitzrechtskonstitut" - für eine doppelte, gegenläufige schlichte Einigung der Beteiligten nach § 870 BGB zu stehen kommt. Unter solchen Voraussetzungen ist dann der Eigentümer sowohl dritt- als auch erststufig mittelbar, der Nießbraucher oder Sicherungsnehmer zweitstufig mittelbar und der im Besitz der Sache befindliche Pächter oder Lagerhalter unmittelbar zum Besitz berechtigt[463].

463) Wie schon erwähnt, tritt das "Besitzkonstitut" im Gesetz wenigstens bei der Übertragung des Eigentums an Fahrnis in Erscheinung, nämlich in der in §930 BGB genannten "Vereinbarung". So etwa, wenn ein Nießbrauchsrecht an im Bankdepot ruhenden Wertpapieren bestellt wird. Denn dann werden die Ausübungsüberlassung des bis dahin erststufig mittelbaren Besitzrechts des Eigentümers zu beschränkt dinglichem Recht des Nießbrauchers und die Ausübungsüberlassung von dessen damit entstehendem erststufigem mittelbarem Besitzrecht an den Eigentümer zurück zu einem Akt zusammengezogen, der für eine doppelte gegenläufige Übertragung des mittelbaren Rechts zum Besitz nach § 870 BGB steht; § 1032 Satz 2 i.V.m. § 930 BGB. Zu diesem schlichten Geschäft muß dann aber noch das auch im Gesetz hiervon abgehobene, das nunmehr zweitstufig mittelbare Sachherrschaftsrecht des Nießbrauchers teilweise verdinglichende und allein wieder "Einigung" genannte qualifizierte Geschäft nach § 1032 Satz 1 BGB hinzutreten.

Wird statt dessen das hier neu entstandene,zunächst nur persönliche mittelbare Sachherrschaftsrecht des Dritten nicht nur teilweise, sondern vollständig verdinglicht, schlägt die Ausübungsüberlassung des Eigentums in seine Veräußerung durch Übereignung der Sache um. Das erfordert sowohl eine schlichte "Vereinbarung" nach § 930 BGB als auch eine qualifizierte "Einigung" nach § 929 Satz 1 BGB. Hiernach bleibt nun nur noch die Ausübungsüberlassung des unbeschränkt dinglichen, zweitstufig mittelbar zum Besitz berechtigenden Sachherrschaftsrechts des neuen Eigentümers an den erststufig mittelbar zum Besitz berechtigten alten Eigentümer übrig. Das Verhältnis von Eigentümer und besitzberechtigtem Dritten kehrt sich also um.

Zu bemerken bleibt aber noch, daß es sich - anders als bei der oben zu Note 411 und 437 behandelten Sachlage - in beiden Fällen nur um eine analoge Anwendung von § 930 BGB handeln kann. Denn in § 930 BGB unmittelbar angesprochen ist nur das "Besitzkonstitut", welches die doppelte gegenläufige Übergabe der Sache entfallen läßt, und nicht dasjenige, welches für die doppelte gegenläufige Einigung nach § 870 BGB zu stehen kommt. Vgl. im übrigen oben zu Note 455 und 456.

Wiederum zeigt sich also, daß nicht allein die mit der Veräußerung des mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentums oder Drittrechts an der Sache, sondern vor allem auch die mit der Ausübungsüberlassung eines solchen Rechts entstehende Opferkondiktion besondere Beachtung verdient. Auch dieser Anspruch ist Rechtsfortwirkungsanspruch, wobei nicht eine "Besitzmittlung" oder "Besitzstufung", sondern eine"Besitzrechtsmittlung" und "Besitzrechtsstufung" zur Erörterung stehen.

Insgesamt ist sonach der über das mittelbar zum Besitz berechtigende Eigentumsrecht hinaus schlechthin jedem dinglichen oder auch nur persönlichen mittelbaren Recht zum Besitz verliehene Drittschutz erst dann vollständig erfaßt, wenn man in ihm außer dem Eingriffsschutz auch die in den hier dargestellten Opferansprüchen liegende Opfersicherung mit einbezogen hat.

hh) Das früher schon angeschnittene Verhältnis des Eingriffsschutzes der verschiedenstufigen Rechte zum Besitz untereinander[464] gibt hier keine neuen Fragen auf. Denn es führt im Ergebnis zu derselben Besitzrechtskette, ob nun, wie dort erörtert, das unmittelbar zum Besitz berechtigende Eigentum, dann das aus ihm abgeleitete unmittelbare Drittbesitzrecht oder schließlich auch das wiederum aus diesem abgeleitete neue unmittelbare Drittbesitzrecht, oder aber, ob das mittelbar zum Besitz berechtigende Eigentumsrecht und dann das aus diesem abgeleitete mittelbare Drittbesitzrecht einem anderen zur Ausübung überlassen wird. Problematisch bleibt dagegen der sogenannte Sukzessionsschutz[465] des Drittrechts.

Gehen wir zunächst noch einmal mit der klassischen Anschauung davon aus, daß jede Zweiung von Eigentum und Besitz die Vindikation nach sich zieht, und weiter daß das persönliche Recht zum Besitz als auf ein Schuldverhältnis zum Eigentümer, das dingliche Recht zum Besitz als auf ein beschränkt dingliches Sachherrschaftsrecht gestützter Besitz zu verstehen ist und beides sich der Vindikation einredeweise entgegenhalten läßt. Unter solchen Voraussetzungen kann zwar

464) Oben zu Note 412.
465) So mit dem Ausdruck von Eichler, Institutionen I 7, 16. Vgl. oben Note 8.

der im Besitz der Sache befindliche Nießbraucher oder Pfandgläubiger, nicht aber auch der besitzende Mieter oder Entleiher oder auch der schon in den Besitz gelangte Käufer dem Herausgabeanspruch des nach der Veräußerung des Eigentumsrechts vindizierenden neuen Eigentümers mit Erfolg entgegentreten. Denn der Nießbraucher oder Pfandgläubiger vermag sich auch dem Erwerber gegenüber auf das aus dem Eigentum abgeleitete dingliche Sachherrschaftsrecht zu stützen. Der Mieter, Entleiher oder Käufer dagegen ist der Vindikation des Erwerbers schutzlos preisgegeben, da ihn mit diesem kein Schuldverhältnis verbindet. Vergleichbar liegt es für den berechtigten Besitzer auch im Verhältnis zu demjenigen, dem der Eigentümer später ein Nießbrauchs- oder Pfandrecht an der Sache bestellt. Denn ist er selbst schon vorrangiger Nießbraucher oder Pfandgläubiger, kann er dem der Vindikation entsprechenden Herausgabeanspruch des nachrangigen neuen dinglich Sachherrschaftsberechtigten wiederum mit einer aus seinem eigenen dinglichen Sachherrschaftsrecht gewonnenen Einrede begegnen. Als Mieter, Entleiher oder Käufer, der zu dem neuen dinglichen Drittberechtigten in keinem Schuldverhältnis steht, hat er dessen Anspruch keine Einrede entgegenzusetzen. Sofern sich nach der klassischen Auffassung schließlich überhaupt denken läßt, daß der Eigentümer später einem weiteren Dritten ein nur persönliches Besitzrecht einräumt, muß dieser Dritte in den Besitz der Sache gelangt sein, so daß sich die Frage nach einem Herausgabeanspruch des zweiten Besitzberechtigten gegen den ersten Besitzberechtigten gar nicht stellt. Sie erhebt sich dann aber auch allein bereits deshalb nicht, weil dem nur persönlich Besitzberechtigten ein der Vindikation zu vergleichender Herausgabeanspruch schon von vornherein gar nicht zugestanden wird.

Es liegt auf der Hand, daß man bei diesem Ausgangspunkt den nur persönlich berechtigten Besitzer im Verhältnis zu einem dinglich berechtigten Besitzer erheblich benachteiligt. Und das auch hier aus Gründen, die nicht eigentlich sachlich zu rechtfertigen, sondern nur aus dem damaligen Stande einer Dogmatik richtig zu verstehen sind, die sich dem mehr oder weniger zufällig gewachsenen Ergebnis der historischen Entwicklung verhaftet glaubte. Diese Benachteili-

gung war indes auch schon für den Gesetzgeber offenkundig genug, um ihn zu einigen, wennschon nur fragmentarischen Vorschriften zu veranlassen, die ihr in den praktisch wichtigsten Fällen die Spitze zu nehmen bestimmt sind. So einmal bei der Veräußerung und dinglichen Belastung von Fahrnis mit der unmittelbar oder doch, wie etwa nach § 1227 BGB, entsprechend anzuwendenden Bestimmung des § 986 Abs. 2 BGB: Übereignet der Eigentümer die Sache nach §§ 929 Satz 1, 931 BGB oder verpfändet er sie nach § 1205 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB einem Dritten, so soll der im Besitz der Sache befindliche Entleiher auch der Vindikation des neuen Eigentümers und dem dieser entsprechenden Herausgabeanspruch des Pfandgläubigers die Einwendungen aus seinem Schuldverhältnis mit dem alten bzw. dem in seinem Recht verbliebenen Eigentümer entgegensetzen können, die ihm nach § 413 i.V.m. § 404 BGB gegen den "abgetretenen Anspruch" aus "mittelbarem Besitz" zustehen. Bei der Veräußerung und der dinglichen Belastung eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks dagegen hat der Gesetzgeber einen anderen Weg eingeschlagen: Nach §§ 571 ff., 581 Abs. 2 BGB begegnet der neue Eigentümer oder der Nießbraucher mit seinem Herausgabeanspruch gegen den Besitzer nicht allein den Einwendungen aus dem Schuldverhältnis zwischen dem Besitzer und dem bisherigen bzw. dem nach wie vor gleichen Eigentümer. Er tritt vielmehr darüber hinaus selbst in dieses Schuldverhältnis ein. Für den Käufer, der das Grundstück schon übergeben, aber noch nicht übereignet erhalten hat, fehlt eine entsprechende Regelung. Sie schien entbehrlich, da der Käufer Gelegenheit hat, seinen Übereignungsanspruch rechtzeitig nach § 883 BGB im Grundbuch vormerken zu lassen, und den Anspruch dann auch einem ihm mit dem Erwerb des Grundstücks zuvorgekommenen Dritten gegenüber noch durchsetzen kann. In all diesen Fällen aber handelt es sich darum, stückweise wertend aus einem bestimmten dogmatischen Konzept mit Hilfe besonderer rechtstechnischer Regeln auszubrechen, um die sonst unvermeidliche Benachteiligung des nur persönlich zum Besitz berechtigten Besitzers gegenüber dem dinglich berechtigten auszugleichen. Damit ergibt sich die Frage, ob nicht der mittlerweile vollzogene Wandel des hier zugrundegelegten Dogmas, ähnlich wie schon im Bereich des Drittschutzes, so auch jetzt wieder im Bereich

des "Sukzessionsschutzes" zwangsläufig eine umfassende Umwertung einschließt: Eine Wertung, die über bloßes Stückwerk hinaus auf die volle Gleichstellung schlechthin jedes nur persönlich zum Besitz berechtigten Besitzers mit einem dinglich berechtigten Besitzer drängt.

Hat man anerkannt, daß auch das nur persönliche Recht des Besitzers zum Besitz ein von einem zugrunde gelegten Schuldverhältnis unabhängiges, aus dem Eigentumsrecht abgeleitetes Herrschaftsrecht an der Sache darstellt, ist diese Konsequenz in der Tat unausweichlich. Wir haben die Voraussetzungen für eine solche Folgerung auch im einzelnen schon aufgezeigt: Sind sowohl dingliches als auch persönliches unmittelbares Recht des Besitzers zum Besitz selbst das dingliche oder persönliche unmittelbare Herrschaftsrecht an einer Sache, verwandelt sich das Recht des Eigentümers mit der Übergabe der Sache an den Besitzer immer in ein nunmehr nur noch erststufig mittelbares Recht zum Besitz. Gewiß hat jede Zweiung von Eigentum und Besitz einen Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer zur Folge. Aber diesen Anspruch bildet hier nicht etwa die dann wieder einredeweise zurückzuschlagende Vindikation, die in Wahrheit als Eingriffskondiktion zu erklären und immer nur gegen einen Nurbesitzer gerichtet ist. Dieser Anspruch ist hier vielmehr die ebenfalls aus dem Eigentumsrecht hervorgehende und auf das unmittelbare Recht des Besitzers zum Besitz gerichtete Leistungskondiktion, welche die Vindikation ausschließt. Überträgt nunmehr der Eigentümer sein Recht einem Dritten, kann er diesem stets nur noch ein dem unmittelbaren Besitzrecht des Besitzers gegenüberstehendes, erststufig mittelbares Sachherrschaftsrecht verschaffen: Ist die Übertragung Veräußerung, erwirbt der Dritte das unbeschränkt dingliche, erststufig mittelbar zum Besitz berechtigende Eigentumsrecht. Ist sie Überlassung zur Ausübung, erwirbt der Dritte ein beschränkt dingliches oder auch ein nur persönliches erststufig mittelbares Recht zum Besitz, während der Eigentümer zweitstufig mittelbar Besitzberechtigter wird. Einem Nurbesitzer gegenüber ist der unbeschränkt dinglich erststufig mittelbar besitzberechtigte neue Ei-

gentümer mit der Vindikation geschützt. Und ebenso einem Nurbesitzer gegenüber mit einer auf Herausgabe der nichtberechtigten Sachherrschaft gerichteten, der Vindikation entsprechenden sonstigen Eingriffskondiktion geschützt ist auch ein neuer erststufig mittelbar besitzberechtigter Dritter. Dabei ist unerheblich, ob es sich um einen beschränkt dinglich Berechtigten wie einen Nießbraucher oder Pfandgläubiger oder - über die herrschende Ansicht hinaus - um einen persönlich, jedoch gleichfalls kraft Zuweisung der Sachherrschaft Berechtigten wie einen Pächter, Entleiher oder Käufer handelt. Nicht mit der Vindikation bzw. einer entsprechenden sonstigen Eingriffskondiktion geschützt ist aber der mittelbar zum Besitz berechtigte neue Eigentümer oder neue Drittberechtigte dem nach wie vor unmittelbar zum Besitz berechtigten Besitzer gegenüber, dem gleichfalls ein - aus dem Eigentumsrecht abgeleitetes - Herrschaftsrecht an der Sache zusteht. Mit dem erststufig mittelbaren Recht zum Besitz geht vielmehr auf den neuen Eigentümer bzw. auf den neuen Drittberechtigten auch der aus diesem Besitzrecht fließende, auf die Herausgabe des unmittelbaren Rechts zum Besitz zielende Opferanspruch gegen den Besitzer über. Diese Opferkondiktion schließt eine Vindikation oder sonstige Eingriffskondiktion gegen den berechtigten Besitzer noch immer aus. Dabei ist gleichgültig, ob es sich um ein dingliches unmittelbares Besitzrecht des Besitzers wie wiederum ein Nießbrauchs- oder Pfandrecht oder aber um ein persönliches unmittelbares Besitzrecht des Besitzers handelt, der die Sache etwa seinerseits als Mieter oder Entleiher oder als noch nicht Eigentümer gewordener Käufer übergeben erhalten hat. Ebensowenig macht irgendeinen Unterschied, ob es um ein Grundstück oder um Fahrnis geht: Überall heißt Sukzessionsschutz so viel, aber auch nicht mehr, als daß der unmittelbar besitzberechtigte Besitzer seine Einwendungen gegen den auf Herausgabe gerichteten Opferanspruch des früheren erststufig mittelbar Besitzberechtigten nach § 413 i.V.m. § 404 BGB auch dessen Nachfolger entgegenhalten kann, dem dieser Anspruch als Ausfluß des auf ihn übergegangenen erststufig mittelbaren Rechts zum Besitz nunmehr zusteht.

Dieser nur auf dem Hintergrund der Abstufung mehrerer Herrschaftsrechte an derselben Sache zu begreifende, umfassende Sukzessionsschutz darf nicht mit dem Vorrang zusammengeworfen werden, der einem Herrschaftsrecht vor einem anderen zukommen kann. Die Abstufung der verschiedenen Herrschaftsrechte an derselben Sache ist wegen der gleichzeitigen Zuweisung der Herrschaftsmacht über diese Sache an mehrere Berechtigte notwendig. Sie betrifft alle um solcher Zuweisung willen absoluten Rechte, also dingliche und persönliche Herrschaftsrechte gleichermaßen. Ein Rangverhältnis dagegen besteht nur zwischen verschiedenen dinglichen Herrschaftsrechten an derselben Sache. Anders gesagt, das Rangverhältnis knüpft sich nicht an die Herrschaftsmacht über die Sache, sondern an die Verfügungsmacht über das Recht. Und es wirkt sich nicht auf den Sukzessionsschutz, sondern auf die Wahrung des Rechts vor allem in der Zwangsvollstreckung aus. Insoweit mag man von einem Verwertungsschutz sprechen[466]. Davon abgesehen sind auch der Übergang des mittelbaren Rechts zum Besitz auf einen neuen Träger und dessen etwaiger Eintritt in ein unter den bisherigen Partnern des Besitzrechtsmittlungsverhältnisses bestehendes Schuldverhältnis auseinanderzuhalten. Schließlich hat auch die Sicherung des Erwerbs dinglicher Rechte an einem Grundstück durch Vormerkung im Grundbuch mit der Abstufung verschiedener Herrschaftsrechte an derselben Sache nichts zu tun.

ii) Wie schon für das unmittelbare Recht zum Besitz, so ist hier abschließend auch für das mittelbare Recht zum Besitz noch einmal zu unterstreichen, daß sich die Vorstellung vom "Recht zum Besitz" als dem "rechtlich unterlegten Besitz" nicht halten läßt. Dort tritt dem, wie gesagt wird, "unmittelbaren" Besitz ein gegen diesen scharf abzuhebendes unmittelbares Recht zum Besitz in der Gestalt

466) Wieder etwas anderes als dieser Schutz des vorrangig Berechtigten vor einer Verwertung seines Rechts in der Zwangsvollstreckung ist der oben Note 8 als Haftungsschutz bezeichnete, auf vorrangige Befriedigung bei der Verwertung zielende Schutz eines Berechtigten in der Gesamtvollstreckung durch Aus- und Absonderung. Dieser Schutz wird weithin ebenfalls mit dem Dinglichkeitsbegriff identifiziert.

eines selbständigen subjektiven Herrschaftsrechts an der Sache gegenüber. Hier dagegen gibt es einen "mittelbaren Besitz", der sich "rechtlich unterlegen" oder der sich dem wiederum als selbständiges subjektives Herrschaftsrecht an der Sache zu begreifenden mittelbaren Recht zum Besitz entgegensetzen ließe, in Wahrheit nicht. Es gibt nur das mittelbare subjektive Recht zum Besitz.

Mittelbares Recht zum Besitz ist zunächst einmal das einem Dritten mit der Übergabe der Sache zur Ausübung überlassene, bisher unmittelbar zum Besitz berechtigende Eigentumsrecht als unbeschränkt dingliches Herrschaftsrecht an der Sache. Wird das Eigentumsrecht nunmehr erneut einem anderen Dritten zur Ausübung überlassen, erwirbt auch dieser wieder ein aus dem Eigentumsrecht herausgespaltenes mittelbares Recht zum Besitz, wobei es sich um ein beschränkt dingliches oder ein nur persönliches Herrschaftsrecht an der Sache handeln kann. Hierzu genügt schon eine der Übergabe der Sache entsprechende, schlichte Einigung der Beteiligten, die für den Eigentümer eine schlichte Verfügung über sein Recht ist und im Gesetz als "Abtretung des Herausgabeanspruchs aus mittelbarem Besitz" in Erscheinung tritt.

Was demgegenüber in Anlehnung an den Gesetzeswortlaut gemeinhin als "mittelbarer Besitz" an einer Sache bezeichnet wird, erschöpft sich entweder, wie vor allem im engeren Bereich der vom Gesetzgeber geschaffenen Legaldefinition, in der rechtstechnischen Erstreckung der Wirkungen des immer und überall nur "unmittelbaren" Besitzes auf das hier dargelegte mittelbare Recht zum Besitz. Mit diesem subjektiven Recht selbst hat das dann jedoch nichts zu tun. Oder aber geht es schon von vornherein nur um eben dieses mittelbar zum Besitz berechtigende, subjektive Sachherrschaftsrecht eines Nichtbesitzers als solches.

Dieses Ergebnis macht im Zweifel überall, wo das Gesetz vom "mittelbaren Besitz", aber auch nur vom "Besitz" schlechthin redet, eine Prüfung notwendig, ob wirklich der Besitz oder doch dessen Wir-

kungen gemeint sind, oder aber, ob das unmittelbare oder mittelbare subjektive Recht zum Besitz zur Erörterung steht.

d) Im Gesetz bilden den Angelpunkt der hier angestellten Überlegungen die Vorschriften der §§ 985 und 986 BGB, die uns nun noch im einzelnen beschäftigen müssen.

aa) Das war unser Ergebnis: Gewiß hat jede Zweiung von Eigentum und Besitz einen aus dem Eigentum erwachsenden Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer zur Folge. Aber dieser Herausgabeanspruch ist keineswegs allein in der Vindikation zu erblicken. Er kann statt dessen auch in der Leistungs- oder einer sonstigen Opferkondiktion zu finden sein.

Nun ist es offenkundig unmöglich, dieses Ergebnis ohne weiteres am Wortlaut der hier betrachteten beiden Vorschriften exakt nachzuvollziehen. Ein durchschlagender Einwand gegen seine Richtigkeit und die Notwendigkeit, es uneingeschränkt zur Geltung zu bringen, liegt darin indes nicht. Wie wenig unmittelbar bindende Kraft der bloße Wortlaut des Gesetzes gerade hier heute noch ausstrahlt, wird schon daraus ersichtlich, daß es wohl keine anderen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches gibt, die eine bewegtere Auslegungsgeschichte aufzuweisen hätten. Das begann bereits mit der Interpretation Martin Wolffs, der in seiner ersten durchgreifenden Analyse des "Rechts zum Besitz"[467] schon alles hinter sich ließ, was der Gesetzgeber hierzu formuliert hatte. Dort findet sich beispielsweise schon ein Satz wie derjenige, "es wäre engherzig, bei diesem Gesetzeswortlaute Halt zu machen, statt das weitergreifende Prinzip aufzusuchen, das ihm zugrunde liegt und das der Gesetzgeber in vorsichtigem Tasten nur für einen naheliegenden Anwendungsfall ausgesprochen hat"[468]. Galt dies schon für eine Auslegung, die sich den dogmatischen Leitvorstellungen des Gesetzgebers noch völlig verpflichtet wußte, so mußte sich erst recht in der Folgezeit der Gesetzeswortlaut hier in dem Maße überall als sachlich zu weit

467) Das Recht zum Besitze, Festg. Koch (1903) 150 ff. (oben Note 283).

468) aaO 163.

oder zu eng, ja geradezu als irreführend erweisen, je deutlicher der früher eingehender geschilderte, tiefgreifende Wandel des von den Vätern des Gesetzes zugrunde gelegten Dogmas zutage trat. Insofern sei nur daran erinnert, daß man mit der "Einwendungstheorie"[469] im heute ganz herrschenden Verständnis den vom Gesetzgeber ursprünglich abgesteckten Anwendungsbereich der Vindikation schon sehr erheblich zurückschneidet: Einen Anwendungsbereich, der mit der Erfassung der Wirkungsweise des Besitzrechts in einer Einrede gegen den Anspruch das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis noch schlechthin auszufüllen bestimmt war. Hiernach aber läßt sich schließlich der Wortlaut der beiden einschlägigen Vorschriften auch dann nicht mehr als entscheidendes Hindernis betrachten, wenn es nunmehr darauf ankommt, den fortgeschrittenen Wandel ihrer dogmatischen Basis vollends an sein eigentliches Ziel zu führen: Das Ziel, welches ihm mit der von der Funktion der jeweiligen Haftung bestimmten, auch für das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis maßgeblichen Alternativität von Eingriffsschutz und Opfersicherung gewiesen ist.

Was aufs Ganze gesehen der Wortlaut der beiden Bestimmungen dennoch hergibt, ist eine gewisse Übersicht über die in diesem Zusammenhang mit der Abschichtung von Eingriffsschutz und Opfersicherung des Eigentumsrechts aufgeworfenen Einzelfragen. Die in ihm aufgezeigten Lösungen dieser Fragen selbst freilich sind, sofern nicht einfach überholt, so doch in der Tat derart unzulänglich, daß man, um zu einer brauchbaren Interpretation zu gelangen, um eine ausdeutende Umformulierung nicht herumkommt.

bb) Unbefangen betrachtet kann der Eigentümer mit der in § 985 BGB niedergelegten Vindikation "von dem Besitzer", also von schlechthin jedem Besitzer, "die Herausgabe der Sache verlangen".

Hat man hingegen die Vindikation des Eigentümers zutreffend als eine besondere Eingriffskondiktion gegen den Besitzer bestimmt,

469) Oben zu Note 300.

erweist sich der Wortlaut dieser Bestimmung als zu weit gefaßt: In Wirklichkeit kann der Eigentümer mit der Vindiktion die Sache nur von einem solchen Besitzer herausverlangen, der sie weder durch Übergabe, also durch eine Leistung, noch durch ein entsprechendes, durch Gesetz oder Hoheitsakt auferlegtes Opfer erlangt hat, sondern durch einen Eingriff. In all diesen Fällen ist der Besitzer bloßer Nurbesitzer. Und noch genauer: Was der Eigentümer herausverlangen kann, ist nicht die Sache als solche. Herausverlangen kann er den verlorenen Zuweisungsgehalt seines Eigentumsrechts in Gestalt der Herrschaftsmacht über die Sache, um welche der Besitzer rechtsgrundlos bereichert ist. § 985 BGB ist somit wie folgt zu lesen: "Der Eigentümer kann von dem Nurbesitzer die Herausgabe der Herrschaftsmacht über die Sache verlangen."

Raffen wir wenigstens die typischen Fälle, in denen es zu diesem Anspruch kommt, in einigen bewußt schematisierten Beispielen: Der Besitzer hat den Eigentümer von dessen Grundstück verdrängt oder hat den Eigentümer bestohlen. Er hat in derselben Weise einen anderen verdrängt oder bestohlen, der das Grundstück des Eigentümers innehatte bzw. in dessen Hand sich das Gut des Eigentümers befand. Oder schließlich, er ist als Mieter von einem bloßen "Buchеigentümer" in das Grundstück eingewiesen worden oder hat als Käufer Diebesgut ausgehändigt erhalten. Denn auch in diesen letzteren Beispielen fehlt es an einer rechtlich erheblichen Übergabe der Sache, weil der Zwischenmann keine Verfügungsmacht über das Eigentumsrecht hatte und damit seine Leistung unwirksam war[470].

Ohne die Deutung der Vindikation als Eingriffskondiktion lassen sich diese ihr nach ihrer spezifischen Aufgabe im Gesamtfeld des Eigentumsschutzes gezogenen Schranken freilich nicht erkennen.

cc) Weit einschneidendere Korrekturen erfordert der Wortlaut von § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB. Beginnen wir mit der ersten Alternative.

---

470) Damit haben wir hier, wie gesagt, nur eine bewußt vereinfachende Darstellung gewählt. Im einzelnen sind die verschiedenen Fallgestaltungen wesentlich differenzierter gelagert; darüber oben zu Note 33.

Danach kann der mit der Vindikation in Anspruch genommene Besitzer "die Herausgabe der Sache verweigern, wenn er dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist."

Tatsächlich aber handelt es sich überhaupt nicht darum, daß an sich auch der berechtigte Besitzer einer Vindikation des Eigentümers ausgesetzt und nur imstande ist, diesem Anspruch mit einer Einrede entgegenzutreten: Einer Einrede, welche er aus einem Schuldverhältnis mit dem Eigentümer oder aus einem eigenen beschränkt dinglichen Herrschaftsrecht an der Sache gewinnt, die seinen Besitz jeweils unterlegen. Vielmehr ist sein Recht zum Besitz, gleichviel ob persönlicher oder dinglicher Natur, selbst immer als ein von jeder Schuldbeziehung unabhängiges, eigenes subjektives Herrschaftsrecht an der Sache zu begreifen. Ein solches Sachherrschaftsrecht eines Dritten aber bedarf der Ableitung aus dem Sachherrschaftsrecht des Eigentümers, und diese Ableitung erfordert statt einer Verletzung des Eigentums dessen Übertragung im Wege seiner Überlassung zur Ausübung an den Dritten. Damit scheidet eine Eingriffskondiktion, wie sie die Vindikation darstellt, von vornherein aus. Im übrigen besteht nicht nur das dingliche, sondern ebenso auch das persönliche Recht zum Besitz als selbständiges Herrschaftsrecht an der Sache wesensnotwendig immer gegenüber jedermann. Recht zum Besitz gerade "dem Eigentümer gegenüber" ist es hier nur insofern, als es sich direkt aus dem Eigentum ableitet. Dann aber hat man § 986 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB folgendermaßen zu verstehen: "Dem Eigentümer steht der Anspruch nach § 985 BGB nicht zu, wenn der Besitzer ihm gegenüber unmittelbar zum Besitz berechtigt ist."

Die typische Fallgestaltung braucht hier an sich nicht noch einmal umrissen zu werden: Der Eigentümer hat sein Grundstück einem Nießbraucher eingeräumt. Er hat das Grundstück einem Käufer schon vor der Auflassung übergeben. Oder er hat einem Käufer Ware übergeben, die beabsichtigte Veräußerung ist jedoch gescheitert. Oder auch, der Finder hat die vom Eigentümer verlorene Uhr an sich genommen, oder der Obdachlose ist von der Polizeibehörde in das

Haus des Eigentümers eingewiesen worden. Gleichgültig, ob es sich um ein durch Leistung und damit durch ein Rechtsgeschäft vorgenommenes oder um ein durch Gesetz oder Hoheitsakt geregeltes Opfer des Eigentümers handelt, und gleichgültig, ob der Besitzer die Sachherrschaft als Fremdbesitzer oder als Eigenbesitzer innehat, überall ist hier das Eigentum dem Besitzer zur Ausübung überlassen worden und damit ein einfaches Besitzrechtsmittlungsverhältnis entstanden[471].

Wie § 985 BGB nur mit dem durch die Eingriffskondiktion gewährleisteten Drittschutz des Eigentumsrechts, so ist § 986 BGB nur auf dem Hintergrund des durch die Opferkondiktion gewährleisteten Drittschutzes des Eigentumsrechts voll zu verstehen. Denn in all diesen Fällen ist der Besitzer statt der in der Vindikation gelegenen Eingriffskondiktion des Eigentümers der Leistungskondiktion oder einer sonstigen Opferkondiktion des Eigentümers ausgesetzt: Dem Eigentümer, so haben wir formuliert, steht der Anspruch nach § 985 BGB nicht zu, wenn der Besitzer ihm gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Denn der Eigentümer kann, und darauf kommt es an, von einem solchen Besitzer das durch die Übergabe der Sache oder auf Grund eines durch Gesetz oder Hoheitsakt angeordneten, aber ebenso zu veranschlagenden Opfers erlangte unmittelbare Recht zum Besitz mit einem Opferanspruch herausverlangen. Dies wiederum ergibt sich daraus, daß der Besitzer mit der berechtigten Herrschaftsmacht über die Sache um den vom Eigentümer verlorenen Zuweisungsgehalt des Eigentumsrechts, oder anders gesagt um das aus dem nunmehr nur noch mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrecht herausgespaltene unmittelbare Recht zum Besitz, rechtsgrundlos bereichert ist. Dieser Opferanspruch, der

---

471) Daß der berechtigte Besitzer wie gerade etwa dann, wenn das verkaufte Grundstück schon übergeben, aber noch nicht aufgelassen worden ist, auch Eigenbesitzer sein kann, ist herrschende Meinung: Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 IV 1 a; Westermann, Sachenrecht § 30 II 3 a. In die falsche Richtung weist aber die daraus gezogene Folgerung, der Eigentümer müsse hier nicht notwendig "mittelbarer Besitzer" sein. "Mittelbar zum Besitz berechtigter" Eigentümer, wie es statt dessen richtig heißen muß, ist er unabhängig davon, ob der unmittelbar besitzberechtigte Besitzer Fremd- oder Eigenbesitzer ist.

in § 986 Abs. 2 BGB als von der Vindikation unterschiedener "Anspruch auf Herausgabe" auch offen zutage tritt, verdrängt den Eingriffsanspruch. Wer mit der durch ein Opfer ausgelösten Opferkondiktion ausgleichspflichtig ist, kann nicht zugleich mit der durch einen Eingriff ausgelösten Eingriffskondiktion belangt werden. Opfersicherung und Eingriffsschutz schließen sich gegenseitig aus. Auf einem ganz anderen Blatt steht dann, ob der Besitzer um sein unmittelbares Recht zum Besitz rechtsgrundlos und ungerechtfertigt, oder aber, ob er wegen der Erfüllung eines ihm mit dem Eigentümer verbindenden Schuldverhältnisses zwar rechtsgrundlos, aber doch gerechtfertigt bereichert ist. In letzterem Fall kann er dem Herausgabeanspruch des Eigentümers eine Einrede aus dem Schuldverhältnis entgegensetzen. Aber dieser einredeweise blockierbare Herausgabeanspruch ist eben nicht die Vindikation, sondern eine Opferkondiktion des Eigentümers.

dd) Nach § 986 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB kann der mit der Vindikation in Anspruch genommene Besitzer "die Herausgabe der Sache verweigern, wenn der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist". Nach § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB ist dazu freilich auch erforderlich, daß "der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer befugt" war.

In Wirklichkeit ist aber auch hier wieder der berechtigte Besitzer der in der Vindikation des Eigentümers gelegenen Eingriffskondiktion schon von vornherein gar nicht ausgesetzt. Er ist deshalb auch nicht erst darauf angewiesen, eine solche Vindikation einredeweise zurückzuschlagen. Er muß sich also nicht hierzu auf eine geschlossene Kette vollgültiger Schuldverhältnisse zwischen ihm und dem Zwischenmann und zwischen diesem und dem Eigentümer oder aber - was dann wegen der gegen jedermann und damit stets auch gegen den Eigentümer zur Geltung kommenden Wirkung einer derartigen Einrede an sich schon unter § 986 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB fällt - auf ein von dem Zwischenmann abgeleitetes eigenes beschränkt dingliches

Herrschaftsrecht an der Sache stützen. Daher hat hier auch der Gedanke der exceptio de iure tertii nichts zu suchen. Wiederum ist vielmehr das unmittelbare Recht des Besitzers zum Besitz, mag es ein nur persönliches oder aber ein dingliches Besitzrecht sein, selbst immer als ein von jeder Schuldbeziehung zu einem Dritten unabhängiges, eigenes subjektives Herrschaftsrecht an der Sache zu verstehen. Ein solches Sachherrschaftsrecht muß sich direkt auf ein entsprechendes Sachherrschaftsrecht des Zwischenmanns und über dieses wiederum indirekt auf das Sachherrschaftsrecht des Eigentümers zurückführen lassen. Diese Ableitung aber kann nicht das Ergebnis einer Verletzung des Eigentumsrechts sein, wie sie die Entstehung der Vindikation zur Voraussetzung hat, sondern bedarf einer Übertragung des Rechts durch seine Überlassung zur Ausübung. Das ist im Prinzip auf zweierlei Weise zu erreichen: Entweder durch eine Ausübungsüberlassung des unmittelbaren Besitzrechts des Eigentümers an den Zwischenmann und daraufhin des so entstandenen unmittelbaren Besitzrechts des Zwischenmanns an den Besitzer. Oder aber durch eine Ausübungsüberlassung des unmittelbaren Besitzrechts des Eigentümers an den Besitzer und sodann des nunmehr mittelbaren Besitzrechts des Eigentümers an den Zwischenmann. Dabei besteht das persönliche ebenso wie das dingliche unmittelbare Besitzrecht des Besitzers ebenso wie das persönliche oder dingliche mittelbare Besitzrecht des Zwischenmanns als selbständiges Herrschaftsrecht an der Sache wiederum gegenüber jedermann. Ein Besitzrecht gerade gegenüber dem Zwischenmann läßt es sich nur insofern nennen, als es sich direkt aus dem Besitzrecht des Zwischenmanns ableitet. Dementsprechend kann man auch das Besitzrecht des richtig gesehen freilich nicht "mittelbar besitzenden", sondern erststufig mittelbar zum Besitz berechtigten Zwischenmanns mit dem Gesetz wieder als Besitzrecht gerade "dem Eigentümer gegenüber" bezeichnen und damit zum Ausdruck bringen, daß dieses Recht sich direkt aus dem Eigentumsrecht ableitet. Somit hat man § 986 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB wie folgt aufzufassen: "Dem Eigentümer steht der Anspruch nach § 985 BGB nicht zu, wenn der Zwischenmann ihm gegenüber mittelbar und der Besitzer dem Zwischenmann gegenüber unmittelbar zum Besitz berechtigt ist."

Die typischen Fallgestaltungen erweisen sich hier,auch in einer wieder schematisch gerafften Darstellung, als wesentlich breiter gestreut. Dabei bleibt zu beachten, daß es auf einen "Besitzmittlungswillen" des Besitzers oder des Zwischenmanns nicht ankommt. Auch wenn der unmittelbar drittbesitzberechtigte Besitzer oder der mittelbar drittbesitzberechtigte Zwischenmann sich als Eigentümer der Sache betrachtet und geriert, läßt dies das mittelbare Drittbesitzrecht des Zwischenmanns bzw. das entsprechende Sachherrschaftsrecht des Eigentümers unberührt.

Einmal hat man es mit den im Gesetz direkt angesprochenen Fällen zu tun, wo die Ausübungsüberlassung des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts und die spätere Ausübungsüberlassung des damit entstandenen unmittelbaren Drittbesitzrechts aufeinanderfolgen: Der Pfandgläubiger hat die Pfandsache seinerseits einem anderen verpfändet, oder der Nießbraucher hat das ihm eingeräumte Grundstück einem anderen pachtweise überlassen. Kann ein solcher dinglich Drittbesitzberechtigter, soweit die Dinglichkeit seines Rechts reicht, aus eigener Verfügungsmacht schöpfen, bedarf ein nur persönlich Drittbesitzberechtigter zu einer wirksamen Weitergabe der Sache immer der Zustimmung des Eigentümers nach § 185 BGB. So, wenn der Eigentümer sein Grundstück einem anderen zur Miete überlassen und der Mieter es mit Genehmigung des Eigentümers einem Untermieter eingeräumt hat. Und so, wenn der Eigentümer die Ware dem Käufer übergeben und noch vor der Vollendung der Übereignung in ihre Verpfändung an einen Kreditgeber des Käufers eingewilligt hat. Und so etwa auch, wenn der Eigentümer sein Grundstück ohne Auflassung dem Käufer und dieser es wiederum einem weiteren Käufer ohne Auflassung, aber mit der (in einem solchen Fall regelmäßig stillschweigend erteilten) Zustimmung des Eigentümers übergeben hat[472]. Darüber hinaus ist schließlich noch in Betracht zu zie-

472) Auch daß wie in diesem Fall-vgl. die vorige Note-zwei Eigenbesitzer aufeinanderfolgen können, ist ganz herrschende Meinung: Wolff-Raiser aaO 1 b; Westermann aaO 3 b; je m.w.Nachw. Wiederum falsche Vorstellungen erweckt aber der darauf gegründete Satz, der Zwischenmann brauche nicht "mittelbarer Besitzer" zu sein. Einer Analogie bedarf es hier gar nicht. "Mittelbar zum Besitz berechtigt" wie hier freilich wieder richtiggestellt werden muß, ist der Zwischenmann auch dann, wenn der unmittelbar zum Besitz berechtigte Besitzer die Sache nicht als Fremd-, sondern als Eigenbesitzer innehat.

hen, daß der Besitzer ein dingliches Drittbesitzrecht - ein persönliches scheidet hier aus - auch im Wege des gutgläubigen Erwerbs erlangt haben kann[473]. So beispielsweise, wenn das Grundstück übergeben worden, seine Übereignung jedoch unerkannt gescheitert ist und der Erwerber einem arglosen Dritten nach § 892 BGB wirksam einen Nießbrauch bestellt hat, oder wenn der Vorbehaltskäufer noch vor der Vollzahlung die Sache einem redlichen Kreditgeber, der ihn als Eigentümer der Sache betrachtete, nach § 1207 i.V.m. § 932 BGB wirksam verpfändet hat. Deshalb ist es zu eng, wenn das Gesetz von der Notwendigkeit ausgeht, der Zwischenmann müsse "dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer befugt" gewesen sein. Maßgeblich ist vielmehr, daß der Zwischenmann zu einer wirksamen und damit auch den Eigentümer bindenden Leistung an den Besitzer nur überhaupt rechtlich in der Lage ist. Eine dem Besitzer ein unmittelbares Recht zum Besitz verschaffende, eine solche Verfügung enthaltende Übergabe, auf die es statt auf eine Besitzüberlassung und den Erwerb des Besitzes hier in Wahrheit ankommt, kann nicht allein kraft der eigenen Verfügungsmacht des dann nur noch erststufig mittelbar zum Besitz berechtigten Zwischenmanns oder kraft der Zustimmung des dann nur noch zweitstufig mittelbar zum Besitz berechtigten Eigentümers wirksam zustandekommen. Sie kann ebenso auch allein kraft des guten Glaubens des nunmehr unmittelbar zum Besitz berechtigten Besitzers Wirksamkeit erlangen.

In einer zweiten Gruppe finden sich die Fälle, wo auf die Ausübungsüberlassung des unmittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts an den Besitzer später die Ausübungsüberlassung des nunmehr nur noch erststufig mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrechts an den Zwischenmann folgt: Der Eigentümer hat jemandem sein Grundstück

---

473) Nur ein dingliches Recht zum Besitz kann gutgläubig erworben werden. Denn nur das einzelne dingliche und nicht auch das persönliche Besitzrecht weist, wie dargelegt, einen spezifischen Zuschnitt auf den Rechtsverkehr auf, dessen Schutz der gutgläubige Erwerb dient. Gewiß ist auch das Besitzrecht beispielsweise des Mieters eines Grundstücks ein Herrschaftsrecht an der Sache. Aber es wäre verfehlt, hieraus unter Berufung auf § 892 BGB zu schließen, daß der Mieter sich auch dem Eigentümer gegenüber im Besitz des Grundstücks halten könne, wenn er bei dem Vermieter an einen bloßen "Bucheigentümer" geraten war. Dies hieße vielmehr nur wieder Absolutheit und Dinglichkeit des Sachherrschaftsrechts miteinander verwechseln. Aus demselben Grunde bleibt der Grundbucheintrag gerade auf dingliche Rechte am Grundstück beschränkt.

zur Miete oder zum Nießbrauch eingeräumt und danach einen anderen als Verwalter des Grundstücks zwischen sich und den Mieter oder Nießbraucher rücken lassen. Oder etwa, er hat die dem Käufer schon übergebene Ware vor der Vollendung der Übereignung noch einem auf eine Sicherheit drängenden Gläubiger verpfändet oder auch die schon einmal verpfändete Ware ein zweites Mal einem anderen Gläubiger verpfändet. Auch dann ist jetzt der Eigentümer zweitstufig mittelbar, der Zwischenmann erststufig mittelbar und der Besitzer unmittelbar zum Besitz berechtigt. Anders als § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB glauben machen könnte, ist also keineswegs erforderlich, daß der Zwischenmann jemals Besitzer der Sache war[474]. Wohl aber ist erforderlich, daß der jetzige Besitzer sein Recht zum Besitz nunmehr direkt von dem Zwischenmann ableitet.

In einer dritten Gruppe handelt es sich um die Fälle der "Simultanleistung"[475]. Hier ist etwa daran zu denken, daß der Eigentümer das zu vermietende Grundstück auf Veranlassung des Mieters sofort einem Dritten eingeräumt hat, der Untermieter werden soll, oder daß der Hersteller die unter Vorbehalt des Eigentums verkaufte Ware dem vom Verkäufer geschickten Spediteur ausgefolgt oder direkt einem vom Käufer angegebenen Abnehmer übersandt hat. In diesen Fällen überläßt der Eigentümer sein unmittelbares Recht zum Besitz dem neuen Besitzer zur Ausübung. Aber mit immer noch derselben Leistung wird dann auch das hiernach nur noch erststufig mittelbar zum Besitz berechtigende Eigentumsrecht dem Zwischenmann zur Ausübung überlassen. Das heißt zugleich, daß es hier in Wahrheit nur um eine besondere Spielart der zuletzt behandelten Fallgruppe geht[476].

Ähnlich liegt es endlich bei einer vierten Gruppe von Fällen, in denen der Zwischenmann bei der Übergabe der Sache selbst kein un-

474) Auch das ist herrschende Ansicht: Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 IV 1 b; Westermann, Sachenrecht § 30 II 3 b.

475) Von einer "Simultantilgung" hat vor allem schon Stampe, Aus einem Freirechtslehrbuch - Simultantilgung von Geldschulden, AcP 107 (1911) 283 ff. gesprochen.

476) Gerade diese Fälle einer Simultanleistung hat man denn gemeinhin auch bei der dort (oben zu Note 474) schon getroffenen Feststellung im Auge, daß der Zwischenmann nicht notwendig einmal Besitzer der Sache gewesen sein müsse.

mittelbares Recht zum Besitz hatte, sondern der neue Besitzer dieses unmittelbare Recht zum Besitz nur kraft seines guten Glaubens oder kraft der Zustimmung des Eigentümers erworben hat. Ein Grundstück ist also etwa auf Grund eines unrichtigen Erbscheins dem vermeintlichen Erben überschrieben und von diesem in Besitz genommen worden; später hat der Scheinerbe einem gutgläubigen Dritten das Grundstück zum Nießbrauch überlassen. Oder es sind beispielsweise dem Eigentümer gestohlene Wertsachen vom Dieb einem ahnungslosen Kreditgeber verpfändet worden, dem zuliebe der Eigentümer die Pfandbestellung genehmigt hat. Wie schon gesagt, handelt es sich streng genommen auch hier nur wieder um eine Abwandlung der zweiten Fallgruppe: Mit dem Wirksamwerden der Verfügung des nichtberechtigten Zwischenmanns wird einmal aus dem Recht des Eigentümers ein unmittelbares Drittbesitzrecht des Besitzers herausgespalten[477]. Darüber hinaus wird zum andern, wie § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB belegt, immer noch auf Grund derselben Verfügung aus dem Eigentumsrecht dann aber auch noch das erststufige mittelbare Recht zum Besitz herausgespalten, das auf den bisher der Vindikation unterworfenen Zwischenmann übergeht und dessen Nurbesitz surrogiert.

Es sei noch einmal hervorgehoben, daß in all diesen Fällen sowohl das persönliche oder dingliche unmittelbare Besitzrecht des Besitzers als auch das persönliche oder dingliche mittelbare Besitzrecht des Zwischenmanns kraft der unmittelbaren bzw. mittelbaren Zuweisung der Herrschaftsmacht über die Sache ebenso wie das Eigentumsrecht ein Herrschaftsrecht an der Sache darstellt und als solches unabhängig von einem Schuldverhältnis mit demjenigen ist, aus dessen Recht es sich direkt ableitet. Um das an einem in neuerer Zeit besonders häufig erörterten Beispiel zu verdeutlichen: Hat der Vorbehaltskäufer eines Kraftfahrzeugs dieses nach einem Unfall einem Werkunternehmer in Reparatur gegeben, ist nicht nur dann und so lange der Unternehmer unmittelbar und der Käufer mittelbar zum Be-

477) Auch hier gilt, daß die Ableitung des unmittelbaren Drittbesitzrechts auf den Besitzer nicht das Ergebnis einer Verletzung, sondern nur einer Übertragung des Eigentums sein kann: Auch insoweit schließt die als Verfügung auf das Eigentumsrecht einwirkende, kraft des guten Glaubens des Besitzers oder kraft der Zustimmung des Eigentümers wirksame Leistung des Zwischenmanns einen Eingriff in das Eigentumsrecht aus.

sitz berechtigt, als eine vom Besitzer über den Zwischenmann zum Eigentümer reichende geschlossene Kette vollwirksamer Schuldverhältnisse vorhanden[478] ist. Und entgegen dieser - freilich noch immer herrschenden - Ansicht muß man auch nicht daran festhalten, daß eine solche Kette wirksamer Schuldverhältnisse wenigstens einmal vorhanden war, mag dann auch eines der Schuldverhältnisse wieder aufgelöst worden sein, der Verkäufer also etwa vom Vertrage wegen Zahlungsverzuges des Käufers zurückgetreten sein oder der Käufer den Werkvertrag noch vor Fertigstellung der Reparatur gekündigt haben[479]. Und genausowenig kann man behaupten, wenigstens zwischen dem Eigentümer und dem Zwischenmann sei ein gültiges Schuldverhältnis erforderlich, während das Schuldverhältnis zwischen dem Zwischenmann und dem Besitzer nicht ebenfalls notwendig wirksam zustandegekommen sein müsse[480]. Man braucht also auch nicht etwa darauf zu beharren, daß die Eltern eines minderjährigen Käufers zumindest noch dem Kauf des Wagens zugestimmt haben, mögen sie dann auch von seiner später erforderlich gewordenen Reparatur nichts mehr wissen wollen. Sofern vielmehr der Käufer hier nur die Verfügungsmacht zur wirksamen Übergabe des Wagens an den Unternehmer gehabt hatte, ist stets eine zweigliedrige Besitzrechtsmittlungskette vorhanden, und dies selbst dann, wenn beide aufeinanderfolgenden Schuldverhältnisse schon von vornherein ungültig sind, wenn also etwa sowohl der Kaufvertrag als auch der Werkvertrag schon gar nicht wirksam abgeschlossen worden waren[481]. Oder allgemeiner ausgedrückt, sofern immer nur

---

478) So vor allem BGHZ 34, 122 ff.

479) So namentlich Raiser JZ 1958, 683/4; 1961, 531. Vgl. oben zu Note 329 bis 331 sowie zu Note 340/1.

480) So aber Schönfeld JZ 1959, 301 ff. mit der These, im Verhältnis von Eigentümer und Zwischenmann entscheide "die Rechtsfrage der Besitzberechtigung", im Verhältnis von Zwischenmann und Besitzer dagegen "die possessorische Frage der Besitzvermittlung" (aaO 303). Begreift man das Recht zum Besitz zutreffend als Herrschaftsrecht an der Sache, gibt § 986 Abs.1 Satz 1 BGB für eine derartige Mischung von an diesem Recht orientierter und "possessorischer" Betrachtungsweise nichts her.

481) Die Schwierigkeit ist nur: Der hinter dem "Anwartschaftsrecht" des Vorbehaltskäufers steckende neue Typus eines beschränkt dinglichen Sachherrschaftsrechts ist noch nicht in dem Sinne auch fertig ausgebildet, daß sich sagen ließe, der Vorbehaltskäufer könne als solcher ein für allemal die Sache nur mit Zustimmung des Eigentümers einem Werkunternehmer in Reparatur geben, oder aber, er könne dies ein für allemal aus eigener Machtvollkommenheit; darüber oben zu Note 400/1. Entscheidet man in letzterem Sinne, muß freilich der Kaufvertrag - sofern keine gesonderte Zustimmung des Eigentümers zur Übergabe vom Käufer an den Unternehmer vorlag - wegen der Akzessorietät des dinglichen Sachherrschaftsrechts des

die in der Übergabe der dem Eigentümer gehörenden Sache an den Besitzer gelegene Verfügung des Zwischenmanns kraft eigener Verfügungsmacht des Zwischenmanns, kraft der Zustimmung des Eigentümers oder kraft des guten Glaubens des Besitzers Wirksamkeit erlangt hatte, ist der Besitzer unmittelbar und der Zwischenmann mittelbar zum Besitz berechtigt, ohne daß man deswegen noch nach den die Beteiligten verbindenden Schuldverhältnissen zu fragen hätte. Ist dagegen die Verfügung des Zwischenmanns unwirksam, kann umgekehrt auch eine vom Eigentümer über den Zwischenmann zum Besitzer reichende, geschlossene Kette vollwirksamer Schuldverhältnisse den Besitzer nicht vor der Vindikation des Eigentümers bewahren. Im übrigen sind auch jetzt wieder neben den Fällen einer rechtsgeschäftlichen Ausübungsüberlassung diejenigen einer Ausübungsüberlassung kraft Gesetzes oder kraft Hoheitsaktes mit in Betracht zu ziehen. Denn eine entsprechende Besitzrechtsmittlungskette entsteht auch dann, wenn die Eltern einen dem Kind gehörenden Gegenstand verloren haben und dieser von einem Finder in Besitz genommen worden ist[482], wenn Zollgut beschlagnahmt und über das Vermögen des Eigentümers dann auch noch der Konkurs eröffnet und ein Konkursverwalter eingesetzt worden ist[483], oder wenn etwa der für den Gläubiger pfändende Gerichtsvollzieher im Gewahrsam des schuldenden Eigentümers befindliche Wertsachen in Besitz genommen hat[484].

Auch hier ist die Verdrängung der in der Vindikation nach § 985 BGB gelegenen Eingriffskondiktion allein wieder aus der Einsicht heraus voll zu verstehen, daß den Hintergrund von § 936 BGB der durch die Opferkondiktion gewährleistete Drittschutz des subjektiven Herrschaftsrechts an der Sache bildet: Wenn dem Eigentümer der Anspruch nach § 985 BGB gegen den Besitzer nicht zusteht, wo der Zwischenmann dem Eigentümer gegenüber mittelbar und der Besitzer dem Zwischenmann gegenüber unmittelbar zum Besitz berechtigt ist, so hat das zum Gegenstück, daß der Besitzer der gleichfalls als

---

482) Dies zu Fallgruppe 1.
483) Dies zu Fallgruppe 2.
484) Dies in Parallele zu den Fällen der Simultanleistung (Fallgruppe 3). Die vierte Fallgruppe (Erwerb des unmittelbaren Drittbesitzrechts kraft des guten Glaubens des Besitzers oder kraft der Zustimmung des Eigentümers) findet hier naturgemäß keine Ergänzung.

Rechtsfortwirkungsanspruch zu begreifenden Leistungs- oder einer sonstigen Opferkondiktion des Zwischenmanns ausgesetzt ist, während der Zwischenmann wiederum einem Rechtsfortwirkungsanspruch des Eigentümers unterliegt. Und daß dieser mittelbar besitzberechtigte Nichtbesitzer den ihm gegenüber unmittelbar besitzberechtigten Besitzer mit einer Opferkondiktion auf Herausgabe des unmittelbaren Rechts zum Besitz in Anspruch nehmen kann, ergibt sich wieder daraus, daß der Besitzer um dieses jedenfalls ursprünglich aus dem Eigentumsrecht herausgespaltene unmittelbare Recht zum Besitz rechtsgrundlos bereichert ist. So nämlich einmal dann, wenn der Besitzer sein unmittelbares Recht zum Besitz durch Übergabe der Sache oder auf Grund Gesetzes oder Hoheitsakts vom Zwischenmann erlangt hat und die Opferkondiktion gegen ihn dabei erst ausgelöst worden ist. Und so zum andern auch dann, wenn der Besitzer in derselben Weise das unmittelbare Recht zum Besitz schon vom Eigentümer erlangt hat und die dabei bereits ausgelöste Opferkondiktion des Eigentümers später mit dem erststufig mittelbaren Recht zum Besitz auf den Zwischenmann übergegangen ist. Jedenfalls aber ist, wer sich auf diese Weise der Opferkondiktion ausgesetzt sieht, nicht auch einer Eingriffskondiktion, also auch nicht der Vindikation des Eigentümers unterworfen. Dabei kann wieder außer Betracht bleiben, ob der Besitzer um sein unmittelbares Recht zum Besitz rechtsgrundlos und ungerechtfertigt oder zwar gleichfalls rechtsgrundlos, durch die Erfüllung eines Schuldverhältnisses zwischen Besitzer und Zwischenmann jedoch gerechtfertigt bereichert ist und damit dem Zwischenmann mit einer Einrede gegen dessen Anspruch entgegentreten kann.

Wie gerade der Wortlaut von § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB zeigt, geht im übrigen das Gesetz davon aus, daß sich die Vindikation immer nur gegen den "unmittelbaren Besitzer", nicht aber gegen den "mittelbaren Besitzer" richtet. In der Sache trifft das, wie bereits behandelt[485], durchaus zu. Um dies sichtbar zu machen, haben wir wieder richtiger für den "unmittelbaren Besitz" allein den "Besitz" und für den "mittelbaren Besitz" das "mittelbare Recht zum Besitz" zu setzen und auch hier konsequent daran festzuhalten, daß im Verhältnis zwi-

485) Oben zu Note 458.

schen einem nach § 986 Abs. 1 BGB berechtigten Besitzer und dem Eigentümer für die Vindikation kein Raum ist[486]. Dann gibt es zwar die Vindikation gegen den nicht unmittelbar zum Besitz berechtigten Besitzer. Aber es gibt keine Vindikation gegen den per se stets zum Besitz berechtigten, nämlich mittelbar zum Besitz berechtigten Nichtbesitzer, der sich hinter dem "mittelbaren Besitzer" verbirgt. Für ihn gilt insofern vielmehr dasselbe wie für einen Besitzer, der unmittelbar zum Besitz berechtigt ist.

ee) Die von uns als wichtige Schlüsselbestimmung schon kurz gestreifte Vorschrift des § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB[487] ist ebenfalls ungenau formuliert. Vor allem aber ist sie auch unvollständig. Denn das Gesetz hat nur die Fälle im Auge, daß der mittelbare Besitzer dem Eigentümer gegenüber zur Überlassung des Besitzes an den Besitzer nicht befugt" ist. Dann nämlich soll der Eigentümer von dem Besitzer grundsätzlich nur"die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer" verlangen können. Dieselbe inhaltliche Einschränkung der Vindikation betrifft jedoch auch noch andere Fälle.

In der Einschränkung der Vindikation auf "die Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer" bringt das Gesetz ungewollt, aber gleichwohl zutreffend zum Ausdruck, daß hier hinter dem "mittelbaren Besitzer" ein unmittelbar zum Besitz berechtigter Dritter zu suchen ist. Diese Einschränkung ist die notwendige Folge der Abstufung von nur noch mittelbar zum Besitz berechtigendem Eigentumsrecht und unmittelbarem Drittbesitzrecht, die beide ein Herrschaftsrecht an derselben Sache darstellen. Mit der "Überlassung des Besitzes an den Besitzer", zu welcher der Zwischenmann "dem Eigentümer gegenüber nicht befugt" ist, meint das Gesetz richtig gesehen wiederum nicht so sehr die von diesem Zwischenmann getätigte Besitzüberlassung als vielmehr ~~als~~ die von ihm vorgenommene unwirksame Übergabe der Sache: Die Veräußerung oder Ausübungsüberlassung seines unmittelbaren Drittbesitzrechts bleibt unwirksam, weil weder der

486) Oben zu Note 333 bis 335.

487) Oben zu Note 412.

Zwischenmann aus eigenem Recht über die erforderliche Verfügungsmacht gebietet noch der Eigentümer nach § 185 BGB seine Zustimmung erteilt noch auch, wie wir wieder zu ergänzen haben, die Verfügung kraft des guten Glaubens des neuen Besitzers Gültigkeit erlangt. Oder anders gesagt, der Besitzer erwirbt mit der Besitzüberlassung zwar originär den Besitz, mangels wirksamer Übergabe jedoch nicht derivativ das unmittelbare Recht zum Besitz. Er erwirbt ein solches Recht auch nicht etwa, wie dies das Gesetz ~~m.E.~~ nahelegt und auch die herrschende Ansicht will, wenigstens im Verhältnis zum Zwischenmann[488]. Das ist schon wiederholt betont worden. Denn das Recht eines Dritten zum Besitz ist als Herrschaftsrecht an der Sache, das immer einer wenigstens indirekten, in wirksamer Übertragung vollzogenen Ableitung aus dem Eigentum bedarf, wesensnotwendig ein Recht im Verhältnis zu jedermann, oder aber es ist überhaupt kein Recht eines dritten Besitzers zum Besitz vorhanden. Um letzteres handelt es sich hier. Hier verbleibt das unmittelbare Recht zum Besitz vielmehr, wie schon dargelegt, dem Zwischenmann, so daß ein neues Besitzrechtsmittlungsverhältnis zwischen diesem und dem Besitzer gar nicht entsteht. Hier also kann der "mittelbare Besitz" des tatsächlich nichtbesitzenden Zwischenmanns nun auch nicht mehr als mittelbares Recht zum Besitz gedeutet werden. Statt um einen "mittelbaren Besitzer" geht es um einen vermeintlich mittelbar zum Besitz berechtigten Nichtbesitzer.

Trotzdem gibt die Bezeichnung dieses nichtbesitzenden, aber unmittelbar zum Besitz berechtigten Zwischenmanns als "mittelbarer Besitzer" einen richtigen Hinweis auf einen außer dem Eigentümer auch dem Zwischenmann zustehenden Herausgabeanspruch gegen den nicht zum Besitz berechtigten Besitzer. Es gilt nur, den von dem verdeckenden Tatbestand, an den das Gesetz hier anknüpft, verdeckten Tatbestand ans Licht zu heben. Auch das ist schon dargetan worden[489]. Ist mangels einer auch den Eigentümer bindenden, wirksamen Verfügung über das Recht des Zwischenmanns der Verlust der Herrschafts-

488) Hierüber und zum folgenden schon oben zu Note 415 und 416.
489) Hierüber und zum folgenden schon oben zu Note 417.

macht über die Sache an den Besitzer nicht in der mit einer Übertragung bewerkstelligten Ableitung eines eigenen Herrschaftsrechts an der Sache zu fassen, so liegt in ihr sowohl für das Recht des Eigentümers als auch für das Besitzrecht des Zwischenmanns eine Verletzung. Gewiß hat der Zwischenmann die Sachherrschaft dem Besitzer bewußt und gewollt zur Erfüllung eines Schuldverhältnisses zugewendet. Aber anders als eine entsprechende Verfügung des Eigentümers über das Eigentum ist hier die in dieser Leistung gelegene Verfügung des Zwischenmanns über sein Recht wegen fehlender Verfügungsmacht unwirksam. Daran kann auch ein vollgültiges Schuldverhältnis zwischen dem alten und dem neuen Besitzer nichts ändern. In Wirklichkeit liegt also gar keine Leistung des Zwischenmanns, sondern ein "verdeckter", nämlich von einer unwirksamen Leistung verdeckter Eingriff in sein Recht und in das Recht des Eigentümers vor. Darum geht mit der Zweiung von unmittelbarem Recht zum Besitz und Besitz aus dem Recht des Zwischenmanns auch keine auf die Herausgabe des unmittelbaren Rechts zum Besitz gerichtete Leistungskondiktion gegen den Besitzer hervor, wie sie das Besitzrechtsmittlungsverhältnis kennzeichnet. Was aus dem unmittelbaren Besitzrecht des Zwischenmanns hervorgeht, ist vielmehr eine neben der Vindikation des Eigentümers stehende und mit dieser inhaltlich zusammenfallende, nämlich gleichfalls auf Herausgabe der nichtberechtigten Herrschaftsmacht über die Sache an den Zwischenmann gerichtete Eingriffskondiktion.

Der Besitzer, der beispielsweise das vom Eigentümer einem anderen zur Miete überlassene Grundstück von diesem ohne die Zustimmung des Eigentümers zum Zweck des Wohnungstausches oder zur Untermiete eingeräumt erhalten hat, oder etwa der Besitzer, der das vom Eigentümer einem anderen verpfändete Gemälde von diesem ohne die Zustimmung des Eigentümers als Leihgabe überlassen erhalten oder auch, wennschon selbst bösen Glaubens, als Käufer zum Zweck der Übereignung ausgehändigt erhalten hat, ist daher nicht nur dem Eigentümer mit der Vindikation, sondern auch dem Zwischenmann mit einer entsprechenden, dessen Recht schützenden Eingriffskondiktion zur Herausgabe verpflichtet, die grundsätzlich an den Zwischenmann zu

erfolgen hat[490]. Auf ein Schuldverhältnis, das ihn mit dem Zwischenmann verbindet, kommt es dabei ebensowenig an wie auf ein Schuldverhältnis zwischen dem Zwischenmann und dem Eigentümer.

Die Analyse dieser Fälle eines von einer unwirksamen Leistung verdeckten Eingriffs macht ersichtlich, daß man die inhaltliche Einschränkung der Vindikation in § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB insoweit zu berücksichtigen vergessen hat, als es sich um die Fälle des "offenen" Eingriffs handelt: Die Fälle nämlich, wo schon von vornherein keine - und sei es auch unwirksame - Übergabe der Sache vom unmittelbar besitzberechtigten Zwischenmann an den Besitzer stattgefunden hat, sondern in den Kategorien des Besitzes ausgedrückt der Besitzerwerb statt auf eine Besitzüberlassung auf eine verboten eigenmächtige, einseitige Besitzergreifung des Besitzers zurückgeht. Denn auch dann kann die Abstufung der beiden dadurch verletzten, in ihrem Bestand als solchen jedoch unangetasteten Herrschaftsrechte von Eigentümer und Zwischenmann an derselben Sache im Hinblick auf die Eingriffsansprüche dieser zwei Berechtigten nur wieder die gleiche ungleichstufige Gesamtgläubigerschaft zur Folge haben. Hat der Besitzer den vom Eigentümer eingesetzten Pächter vom Grundstück verdrängt oder hat er den Vorbehaltskäufer bestohlen, haftet er sowohl dem mittelbar besitzberechtigten Eigentümer mit der Vindikation als auch dem unmittelbar besitzberechtigten Zwischenmann mit einer der Vindikation entsprechenden Eingriffskondiktion auf die grundsätzlich an den Zwischenmann zu bewirkende Herausgabe der nichtberechtigten Sachherrschaft.

---

490) Daß der nichtberechtigte Besitzer nicht Fremdbesitzer sein muß, sondern durchaus Eigenbesitzer sein kann, ist auch insoweit -vgl. oben zu Note 471 und 472- herrschende Meinung: Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 III 1 a; Westermann, Sachenrecht § 30 II 3 c. Wiederum ein falsches Bild gibt jedoch die daraus gezogene Folgerung, der Zwischenmann brauche auch hier nicht "mittelbarer Besitzer" zu sein. Denn Eigenbesitz des Besitzers würde ein "mittelbares Recht zum Besitz" des Zwischenmanns, um dessen vermeintliches Vorliegen es hier richtig gesehen geht, keineswegs ausschließen. So, wie in der genannten Folgerung beabsichtigt, braucht eine Analogie also gar nicht erst gezogen werden. Tatsächlich "mittelbarer Besitzer" oder richtiger "mittelbar zum Besitz berechtigt" ist der Zwischenmann in den Fällen des § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB freilich selbst dann nicht, wenn der Besitzer ihm den Besitz "vermitteln" will. Der Zwischenmann ist vielmehr, gleichviel ob der Besitzer Fremd- oder Eigenbesitzer ist, unmittelbar zum Besitz berechtigt. Der Schutz dieses Rechts des Zwischenmanns ist es, der durchgängig die Einschränkung der Vindikation erforderlich macht.

Im Ergebnis ist daher § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB folgendermaßen zu lesen: "Hat der unmittelbar zum Besitz berechtigte Zwischenmann die Sache dem Besitzer unwirksam übergeben oder ist ihm die Sache vom Besitzer entzogen worden, so kann der Eigentümer mit dem Anspruch nach § 985 BGB von diesem Nurbesitzer grundsätzlich nur die Herausgabe der Herrschaftsmacht über die Sache an den Zwischenmann verlangen."491)

---

491) Der auf diese Weise geschaffene Schutz des Zwischenmanns tritt ausnahmsweise dann zurück, wenn der Zwischenmann den Besitz nicht wieder übernehmen kann oder will. Dann nämlich kann der Eigentümer von dem Besitzer die Herausgabe der Herrschaftsmacht über die Sache an sich selbst verlangen; § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB a.E. Insoweit handelt es sich um das, was man in der herrschenden Ausdrucksweise eine "Einziehungsermächtigung" des Eigentümers bezüglich der dem Zwischenmann zustehenden Eingriffskondiktion nennen müßte. In Wirklichkeit liegt jedoch eine gesetzliche Ausübungsüberlassung des bis dahin unmittelbaren Besitzrechts des Zwischenmanns an den Eigentümer vor, der als neuer unmittelbar Besitzberechtigter die Herrschaftsmacht über die Sache jetzt für sich selbst in Anspruch nehmen kann.

Die konstruktive Auflösung liegt, im einzelnen betrachtet, einigermaßen kompliziert: Mit der gesetzlichen Ausübungsüberlassung des bei der Ausübungsüberlassung des Eigentums entstandenen unmittelbaren Besitzrechts des Zwischenmanns an den Eigentümer zurück ist nunmehr der Eigentümer sowohl aus unabgeleitetem Recht zweitstufig mittelbar als auch aus abgeleitetem Recht unmittelbar, der Zwischenmann erststufig mittelbar zum Besitz berechtigt. Demgemäß stehen dem Eigentümer die Vindikation aus dem zweitstufig mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrecht und die mit der Vindikation in ihrer ursprünglichen Gestalt zusammenfallende Eingriffskondiktion aus dem unmittelbaren Recht zum Besitz, dem Zwischenmann die entsprechende Eingriffskondiktion aus seinem erststufig mittelbaren Recht zum Besitz gegen den Besitzer zu; diese drei nebeneinander stehenden Ansprüche richten sich sämtlich auf Herausgabe an den (auch) unmittelbar zum Besitz berechtigten Eigentümer. Um die hier behandelte Dreiecksbeziehung vollständig zu erfassen, sind außer diesen Eingriffsansprüchen ~~durch~~ auch die beiden den Eigentümer und den Zwischenmann miteinander verbindenden Besitzrechtsmittlungsverhältnisse mit jeweils einem auf Herausgabe gerichteten Opferanspruch aus dem zweitstufig mittelbaren Besitzrecht des Eigentümers gegen den Zwischenmann und aus dem erststufig mittelbaren Besitzrecht des Zwischenmanns gegen den Eigentümer in Betracht zu ziehen. Gibt der Besitzer die Sache nunmehr an den Eigentümer heraus, erledigen sich damit nicht nur die Eingriffskondiktionen des Eigentümers und des Zwischenmanns gegen den Besitzer, sondern ebenso auch die Opferkondiktion des Eigentümers gegen den Zwischenmann und die Operkondiktion des Zwischenmanns gegen den Eigentümer. Was hiernach übrig bleibt, ist allein noch das damit wieder unmittelbar zum Besitz berechtigende Eigentum des im Besitz der Sache befindlichen Eigentümers.

ff) Daß die Fassung von § 986 BGB auf einer überholten dogmatischen Konzeption beruht, wird endlich am deutlichsten im zweiten Absatz dieser Vorschrift, der sich mit dem "Sukzessionsschutz" des persönlich besitzberechtigten Fahrnisbesitzers befaßt.

Wir brauchen das hier nicht noch ein weiteres Mal[492] in aller Ausführlichkeit aufzurollen: Das persönliche Recht zum Besitz ist eben nicht, wie das Gesetz noch unterstellt, der durch ein Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer unterlegte Besitz mit der Folge, daß der Besitzer die aus diesem Schuldverhältnis gewonnene Einrede gegen die Vindikation des Eigentümers grundsätzlich einem neuen Eigentümer gegenüber verliert. Auch das persönliche Besitzrecht des Besitzers ist vielmehr ein aus dem Eigentumsrecht herausgespaltenes und als solches von einem Schuldverhältnis unberührtes, unmittelbares Herrschaftsrecht an der Sache. Dementsprechend ist das Eigentumsrecht nunmehr nur noch ein mittelbares Herrschaftsrecht an der Sache. Dieses Rechtbesteht durch eine aus ihm hervorgegangene, auf Herausgabe des unmittelbaren Rechts zum Besitz gerichtete Opferkondiktion gegen den Besitzer als Herrschaftsrecht an der Sache fort. Neben einer solchen Opferkondiktion gegen den Besitzer gibt es keine aus demselben Eigentumsrecht fließende Eingriffskondiktion gegen den Besitzer in Gestalt der Vindikation. Hieran ändert sich nun aber auch dann nichts, wenn das Eigentumsrecht durch eine Veräußerung nach § 929 Satz 1 i.V.m. § 931 BGB in neue Hände übergeht, was nicht "durch Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe" als solchen, sondern durch den Übergang des mittelbaren Sachherrschaftsrechts und nur damit auch des aus diesem Recht fließenden, als Opferkondiktion ermittelten Herausgabeanspruchs auf den neuen Eigentümer geschieht. Demgegenüber setzt das Gesetz ebenso wie nach § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB im Verhältnis von bisherigem Eigentümer und Besitzer nun nach § 986 Abs. 2 BGB auch im Verhältnis von neuem Eigentümer und Besitzer dennoch die Vindikation voraus. Und darauf fußend sieht es vor, daß der Besitzer die Einwendungen gegen den übergegangenen "Anspruch auf Herausgabe", die ihm nach § 413 i.V.m. § 404 BGB auch dem neuen Eigentümer gegenüber zu-stehen, zugleich gegen

492) Eingehend hierüber schon oben zu Note 465/6.

die Vindikation des neuen Eigentümers geltend machen kann. Das heißt dann aber nichts anderes, als daß die hier vorgesehene Rechtsfolge in Wahrheit ins Leere fällt: Eine Vindikation des neuen Eigentümers gegen den Besitzer, auf welche diese Einwendungen zu erstrecken sein könnten, ist tatsächlich überhaupt nicht vorhanden. Das stellt freilich den in § 986 Abs. 2 BGB erstrebten rechtlichen Erfolg nicht in Frage. Nur wird dieser Erfolg mit den vom Besitzer auch dem neuen Eigentümer entgegenzusetzenden Einwendungen gegen den allein vorhandenen, übergegangnen Opferanspruch des neuen Eigentümers schon vollständig erreicht.

Darüber hinaus ist die Vorschrift des § 986 Abs. 2 BGB auch insoweit als überwunden zu betrachten, als sie den in ihr angestrebten generellen Sukzessionsschutz nur dem persönlich besitzberechtigten Fahrnisbesitzer, nicht aber auch einem persönlich besitzberechtigten Grundstücksbesitzer zuteil werden läßt. Denn auch das persönliche unmittelbare Besitzrecht des Grundstücksbesitzers ist Herrschaftsrecht an der Sache. Daher kann auch hier der neue Eigentümer nicht mehr als ein nur noch mittelbares Sachherrschaftsrecht erwerben. Beides führt dann aber auch für den Sukzessionsschutz des persönlich besitzberechtigten Grundstücksbesitzers zu keinem anderen Ergebnis als beim persönlich besitzberechtigten Fahrnisbesitzer. Damit soll natürlich nicht verkannt werden, daß derSukzessionsschutz in seiner auch in das Gesetz eingegangenen historischen Entwicklung nur bei Fahrnis an eine Verlautbarung des geschützten Rechts durch den Besitz, bei einem Grundstück dagegen an die Eintragung des Rechts im Grundbuch geknüpft ist[493]. Vielmehr gilt es gerade zu erkennen, daß eine Beschränkung des generellen Sukzessionsschutzes auf die als Verkehrstypen allein im Grundbuch ausgewiesenen dinglichen Besitzrechte an einem Grundstück der heutigen Anschauung nicht mehr gerecht wird.

Von diesem Ergebnis nicht wegzudenken ist der soeben schon gestreifte Sukzessionsschutz eines dinglichen Besitzrechts des Besitzers.

493) Dazu etwa Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 IV 1 a (325).

Gewiß wird an sich der Sukzessionsschutz insoweit vom Wortlaut des § 986 Abs. 2 BGB selbst nicht unmittelbar berührt, weil nach der vom Gesetz noch zugrunde gelegten klassischen Doktrin ein dingliches Drittbesitzrecht im Gegensatz zu einem nur persönlichen ohnehin gegenüber jedem Dritten und damit auch gegenüber dem neuen Eigentümer zur Geltung kommt. Aber man darf darüber doch nicht aus den Augen verlieren, daß diese als solche nur zu bestätigende Wirkung des Sukzessionsschutzes eines dinglichen Drittbesitzrechts nach moderner Auffassung auf deutlich abgewandelte Voraussetzungen zu stützen ist. Diese Voraussetzungen sind wiederum dieselben wie diejenigen des Sukzessionsschutzes des nur persönlichen Drittrechts. Denn in der Tat ist der Sukzessionsschutz des dinglichen Drittbesitzrechts eines Fahrnis- oder Grundstücksbesitzers keineswegs anders gelagert: Hier ist das unmittelbare Recht zum Besitz kein durch ein beschränkt dingliches Herrschaftsrecht an der Sache unterlegter Besitz, sondern fällt mit diesem dinglichen Sachherrschaftsrecht zusammen. Mit der Entstehung eines solchen Drittrechts wird das zur Ausübung überlassene Eigentumsrecht wieder zum bloß noch mittelbaren Recht zum Besitz, aus dem entgegen dem Gesetz keine nur einredeweise bekämpfbare Vindikation, sondern ein die Vindikation ausschließender, auf Herausgabe des unmittelbaren Besitzrechts gerichteter Opferanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer fließt. Dieses nur noch mittelbare Herrschaftsrecht an der Sache oder mittelbare Recht zum Besitz wird, ob Recht an Fahrnis oder an einem Grundstück, wieder nicht durch "Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe" aus einem nicht anzuerkennenden "mittelbaren Besitz" veräußert. Was veräußert wird, ist das mittelbare Herrschaftsrecht an der Sache als solches, wennschon dabei auch der aus diesem Recht fließende Herausgabeanspruch mit auf den Erwerber übergeht. Und derselbe Anspruch schließt auch eine Vindikation des neuen Eigentümers gegen den Besitzer aus. Der Sukzessionsschutz des Besitzers wird also hier ebenfalls schon dadurch und dadurch allein voll erreicht, daß der Besitzer auch dem neuen Eigentümer die Einwendungen gegen den auf diesen übergegangenen und allein vorhandenen Opferanspruch entgegenhalten kann.

Der sogenannte Sukzessionsschutz des zum Besitz berechtigten Besitzers gegenüber einem neuen Eigentümer bietet somit, ob persönliches oder dingliches Drittbesitzrecht, ob Recht an Fahrnis oder an einem Grundstück, nach Voraussetzung und Wirkungsweise überall dasselbe, einheitliche Bild. Und überall ist die Analogiebasis, auf welcher die gesetzliche Fassung dieses Schutzes in Wirklichkeit allein beruht, dieselbe: Hat man das Forderungsrecht als Herrschaftsrecht an einem Anspruch zu verstehen, so ist die "Abtretung des Forderungsrechts" die Veräußerung des Herrschaftsrechts an diesem Anspruch, der mit dem Recht als dessen Gegenstand auf den Erwerber übergeht und gegen den der Schuldner seine Einwendungen nach § 404 BGB auch dem neuen Gläubiger gegenüber geltend machen kann. Hier dagegen geht mit der Veräußerung des im Eigentumsrecht gelegenen mittelbaren Herrschaftsrechts an der Sache der aus diesem Recht fließende Herausgabeanspruch auf den Erwerber über, doch kann der Besitzer seine Einwendungen gegen den Anspruch nach § 413 i.V.m. § 404 BGB auch dem neuen Eigentümer entgegenhalten. Es bleibt also festzustellen, daß der zweite Absatz von § 986 BGB, denkt man den Wandel der dogmatischen Prämissen dieser Vorschrift auch insoweit wieder folgerichtig zu Ende, in einem doppelten Sinne obsolet geworden ist. Einmal, weil dieBestimmung eine Rechtsfolge vorsieht, die tatsächlich überhaupt nicht eintreten kann, wobei freilich der beabsichtigte Erfolg durch von ihr nicht ausgeschlossene, sondern vorausgesetzte anderweitige Bestimmungen trotzdem voll erreicht wird. Zum andern, weil sie den generellen Sukzessionsschutz über das dingliche Drittbesitzrecht hinaus nur einem persönlich berechtigten Fahrnisbesitzer zugesteht, obwohl der gleiche generelle Schutz schon nach denselben anderweitigen Bestimmungen auch einem bloß persönlich besitzberechtigten Grundstücksbesitzer nicht vorenthalten werden kann. Dieser jedem dinglich und jedem auch nur persönlich unmittelbar zum Besitz berechtigten Fahrnis- oder Grundstücksbesitzer zugute kommende und außerhalb von § 986 Abs. 2 BGB schon vollständig und abschließend geregelte Sukzessionsschutz gegenüber einem neuen Eigentümer ist in der über § 413 BGB heranzuziehenden Vorschrift des § 404 BGB niedergelegt[494].

494) Daß mit dem Obsoletwerden von § 986 Abs. 2 BGB die Allgemeingültigkeit des in § 404 BGB niedergelegten, den Sukzessionsschutz bereits erschöpfenden Grundsatzes deutlicher in Erscheinung tritt, sollte man durchaus als einen Gewinn betrachten.

gg) Weiter können wir die hier behandelten Auslegungsfragen nicht mehr verfolgen. Ihre Erörterung hat jedenfalls die Erfahrung bestätigt, daß der Gesetzgeber keine dogmatischen Einsichten bindend voraussetzen kann. Abschließend ist aber noch auf die Bedeutung hinzuweisen, welche diese Fragen in der entsprechenden Anwendung der Vorschriften der §§ 985, 986 BGB auf den Schutz des aus dem Eigentumsrecht abgeleiteten dinglichen und nach unserer These auch des auf dieselbe Weise entstandenen persönlichen Besitzrechts eines Dritten haben. Das gilt für den Eingriffsschutz und die Opfersicherung des Drittbesitzrechts. Und das gilt ebenso für den "Sukzessionsschutz" des unmittelbar besitzberechtigten Besitzers gegenüber demjenigen, dem das Eigentumsrecht nicht veräußert, sondern nur zu dinglichem oder auch nur zu persönlichem mittelbarem Besitzrecht zur Ausübung überlassen worden ist.

e) Wir haben damit darzulegen versucht, daß ein umfassender Neubau der Lehre vom Recht zum Besitz erforderlich ist. Geht man hierbei vom Eigentumsrecht als dem ursprünglichen Recht zum Besitz aus und stellt man weiter auch die ebenfalls geschilderte Notwendigkeit einer Überprüfung der Besitzlehre in Rechnung, kann das nicht ohne tiefgreifende Auswirkungen auf das dogmatische Gefüge des gesamten Sachenrechts bleiben. Nur auf diese Weise aber läßt sich der Gegensatz zwischen dem im Rahmen der hier angestellten Überlegungen bislang noch nicht immer gebührend gewürdigten Besitzrechtsmittlungsverhältnis auf der einen und dem Vindikationsverhältnis auf der anderen Seite klar aufzeigen. Dieser Gegensatz, den herauszuarbeiten im Grunde genommen schon fast seit dem Inkrafttreten des Gesetzes alle Bemühungen auf diesem Felde zum Ziel haben, beruht auf der Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz des Sachherrschaftsrechts.

5. Wo von dem sogenannten "Herausgabeanspruch aus mittelbarem Besitz" gesprochen wird, kann es sich nach unseren Feststellungen immer nur um einen Rechtsfortwirkungsanspruch handeln: Nämlich um die Leistungskondiktion oder eine dieser entsprechende sonstige Opferkondiktion aus dem mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentums-

recht oder dem persönlichen oder dinglichen mittelbaren Rechtzum Besitz eines Dritten. Dieser Befund wird zunächst durch die freilich schon vom Gesetzgeber beförderte falsche Lehrmeinung verstellt, man könne dem Besitz, der auf der in ihrer Unmittelbarkeit tatsächlich vorgegebenen Herrschaftsmacht über eine Sache aufbaut, einen "mittelbaren Besitz" an die Seite stellen, der mit einer vermeintlich gleichfalls faktischen, wennschon "vergeistigten" Sachherrschaft zu substantiieren sein soll. Jedoch auch wenn man erkannt hat, daß es bei diesem "mittelbaren Besitz" statt um eine selbständige rechtliche Erscheinung um das mittelbare subjektive Herrschaftsrecht an der Sache geht, in dem der Herausgabeanspruch wurzelt, stößt man immer noch auf die weitere Hürde, diesen Anspruch gerade als die bereicherungsrechtliche Opferkondiktion zu identifizieren. Insofern handelt es sich dann freilich im Grunde genommen allein noch um die Schwierigkeit, auch in der Opferkondiktion einen Rechtsfortwirkungsanspruch sehen zu lernen. Diese Schwierigkeit aber hat im Rahmen der hier erörterten Ausübungsüberlassung eines Rechts keine anderen Ursachen, als wie wir sie bei der Veräußerung des Recht gefunden hatten: Im Gegensatz zur Eingriffsbereicherung ruht bei der Leistungsbereicherung das praktische Gewicht wieder nur auf einem bestimmten Ausschnitt von Fällen, nämlich auf denjenigen, in denen der mit der Leistung verfolgte Zweck der Erfüllung eines bestimmten Schuldverhältnisses nicht, nicht mehr oder auch noch nicht erreicht ist. In Wirklichkeit liegen aber, wie bei der Eingriffskondiktion mit dem Eingriff, so auch bei der Opferkondiktion schon mit dem Opfer die Entstehungsvoraussetzungen des Anspruchs vollständig vor. Denn rechtsgrundlos ist die Bereicherung des Empfängers auch hier schon und allein wegen ihres Widerspruchs zur Güterzuweisung des Herrschaftsrechts des Betroffenen an der Sache. Man bekommt also die in einem subjektiven Recht zu suchende Grundlage und den in der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung liegenden Entstehungsgrund des Anspruchs nicht richtig zu fassen, wenn man, und mag das noch so naheliegend erscheinen, die dogmatische Betrachtung von vornherein auf den Gesichtskreis der Zweckverfehlung verengt. Die Erreichung oder aber Verfehlung oder Hinfälligkeit des in der Erfüllung eines Schuldver-

hältnisses bestehenden Zwecks ist statt dessen erst für die ganz andere Frage entscheidend, ob die Haftung auch wirklich erzwungen werden kann. Denn insoweit hat man es nur noch mit einem für die Durchsetzbarkeit des Anspruchs ausschlaggebenden, möglichen Rechtsgrund der Bereicherung zu tun, der die für sich genommen rechtsgrundlose Bereicherung zur gerechtfertigten Bereicherung werden lassen könnte. Jedenfalls aber wird mit alledem schon deutlich, daß auch hier der mit unserer These behauptete Systemzusammenhang weithin verdeckt bleibt. Dementsprechend kommt er auch im Gesetzesaufbau, den wir nun noch ein Stück weit zu verfolgen haben, wieder nur sehr unvollkommen zur Geltung.

a) Im Rahmen der Bereicherungshaftung vom Gesetz grundsätzlich unberücksichtigt bleibt dieser Zusammenhang dann, wenn und solange der mit der Leistung oder dem sonstigen Opfer verfolgte Zweck erreicht ist, die Erfüllung eines bestimmten Schuldverhältnisses herbeizuführen: Dann also, wenn die Bereicherung des Besitzers mit Rechtsgrund erlangt ist. Das ist für den hier erörterten Fall der Ausübungsüberlassung des subjektiven Rechts weit weniger selbstverständlich als für den entsprechenden Fall seiner Veräußerung. Denn während unter diesen Voraussetzungen dort ein Bereicherungsanspruch überhaupt nicht besteht, ist hier unter den gleichen Voraussetzungen, wie schon dargelegt, ein Bereicherungsanspruch durchaus vorhanden und nur in seiner Durchsetzbarkeit durch eine Einrede aus dem Schuldverhältnis gehemmt.

Aber diese Vernachlässigung des Zusammenwirkens der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung, die den Anspruch zur Entstehung bringt, und des in ganz anderer Ebene gelegenen Rechtsgrundes der Bereicherung, der den Anspruch unerzwingbar macht, ist durchaus wieder zu erklären. Wie noch einmal zu erinnern ist, hat derjenige, in dessen Rechtskreis nicht eingegriffen wird, sondern der leistet oder auch ein entsprechendes sonstiges Opfer bringt, zunächst immer die Vermutung gegen sich, daß die von ihm beanspruchte Bereicherung des Empfängers gerechtfertigt ist[495]. Das hat bei der Veräußerung des

495) Darüber und zum folgenden schon oben bei Note 272 und Note 273.

Rechts zur Folge, daß der Veräußerer sich nicht damit begnügen kann, mit der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung des Erwerbers die Entstehungsvoraussetzungen seines Anspruchs darzutun. Er muß vielmehr darüber hinaus auch die einem solchen Anspruch vom Anspruchsgegner entgegenzuhaltende "rechtshindernde Einwendung" eines Rechtsgrundes der Bereicherung abweichend vom Regelfall selbst ausräumen. Dieselbe Vermutung wirkt sich hier nun bei der Ausübungsüberlassung des Rechts nicht viel anders dahin aus, daß der Gläubiger es wiederum nicht dabei bewenden lassen kann, mit der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung des Schuldners die Entstehungsvoraussetzungen seines Anspruchs offenzulegen. Denn nicht der Anspruchsgegner muß eine diesem Anspruch dann noch entgegenzusetzende "rechtshemmende Einrede" eines Rechtsgrundes für seine Bereicherung dartun. Als Ausnahme von der Regel hat vielmehr der Inhaber des Anspruchs, will er mit dem Anspruch durchdringen, eine solche Einrede selbst schon vorweg auszuräumen. Wo nun aber die Bereicherung des Schuldners zwar rechtsgrundlos, aber doch gerechtfertigt ist, vermag der Gläubiger das nicht. Dementsprechend hat der Gesetzgeber diesen Fall auch wieder in den Bereicherungsvorschriften nicht berücksichtigt.

Außerhalb des Bereicherungsrechts allerdings ist er an der Darstellung des Anspruchs auch unter den hier behandelten Voraussetzungen nicht vorbeigegangen. Denn bei der für die Übertragung des "mittelbaren Besitzes" in § 870 BGB vorgesehenen "Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache" wird dieser Anspruch auch und gerade auch dann vorausgesetzt, wenn sich das mit der Ausübungsüberlassung des Rechts in Bezug genommene Schuldverhältnis nach wie vor im Zustand der Erfüllung befindet.

b) Volle Berücksichtigung im Gesetz erfährt der Herausgabeanspruch auch im engeren Kreis der Bereicherungsvorschriften dagegen dort, wo er sich erzwingen läßt. Das ist der Fall, wenn die rechtsgrundlose Bereicherung des Besitzers außerdem auch ungerechtfertigt ist, weil es an der Erfüllung des mit dem Opfer in Bezug genommenen Schuldverhältnisses und damit auch an einem Rechtsgrund der Bereicherung fehlt.

Allerdings ist auch insoweit noch einmal darauf hinzuweisen, daß das Gesetz in § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB nur von einem Erlangen "ohne rechtlichen Grund" spricht und damit die Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung nicht in der erforderlichen Weise vom Fehlen des Rechtsgrundes der Bereicherung unterscheidet. Auf diese Unterscheidung kommt es für das Verständnis der Einzelbestimmungen an, in denen die verschiedenen Möglichkeiten des Ausbleibens oder Wegfalls der Erfüllung des Schuldverhältnisses, also des Fehlens oder Wegfalls des Rechtsgrundes der Bereicherung, abgewandelt werden: Sei es, daß die Erfüllung sich schon von vornherein nicht einstellt (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB), daß sie nicht länger gegeben ist (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB), oder schließlich, daß sie wie erwartet zunächst, wider Erwarten aber auch endgültig ausbleibt (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 BGB). Während nämlich die Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung den Entstehungsgrund des hier schon von der Ausübungsüberlassung des Rechts an einheitlich vorhandenen und in sich überall gleichen Herausgabeanspruchs bezeichnet, sind die Varianten des Fehlens des Rechtsgrundes der Bereicherung nur noch für den Zeitpunkt maßgeblich, von dem an dieser Anspruch auch durchsetzbar ist. Dabei wirkt sich wiederum die gegen den opfernden Teil gerichtete Vermutung dahin aus, daß er ein Doppeltes dartun muß, um mit dem Anspruch durchzudringen: Einmal eben die aus der Ausübungsüberlassung eines ihm zustehenden Herrschaftsrechts an der Sache resultierende Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung des Empfängers. Damit hat er seinen Anspruch als solchen belegt. Zum andern aber auch das im Nichteintritt, dem Wegfall oder dem endgültigen Ausbleiben der Erfüllung des Schuldverhältnisses zu fassende Fehlen des Rechtsgrundes dieser Bereicherung. Dann erst kann er die Durchsetzung des Anspruchs auch erzwingen.

Soweit dieser Herausgabeanspruch hier mit fehlender Erfüllung des Schuldverhältnisses in den Bereicherungsvorschriften in Erscheinung tritt, wird heute durchaus auch gesehen, daß er sich im Besitzrechtsmittlungsverhältnis wiederfindet: Nach moderner Anschauung ist, wie bereits behandelt[496], auch die Leistungskondiktion nach § 812

496) Nachweise oben Note 432.

Abs. 1 BGB als "Herausgabeanspruch aus mittelbarem Besitz" im Sinne von § 870 BGB anzuerkennen.

c) Der Eigentümer, derdie Sache ihrem jetzigen Besitzer übergeben hat, muß - so haben wir gesagt - selbst dartun, daß seinem Rückabwicklungsanspruch keine Einrede des Besitzers entgegensteht, die sich aus der Erfüllung des mit seiner Leistung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses ergeben könnte. Das ist nun auch noch kurz mit der Stellung des vindizierenden Eigentümers gegenüber dem Besitzer zu vergleichen.

Die herrschende Ansicht folgert aus der Fassung der §§ 985, 986 BGB, es sei Sache des Besitzers, ein Recht zum Besitz darzutun, das die Vindikation des Eigentümers ausschließe. Zugunsten des Eigentümers wird also die Unrechtmäßigkeit des Besitzes des Nichteigentümers vermutet. Dabei soll gleichgültig sein, ob dieser Besitzer die Sachherrschaft durch Übertragung oder einseitige Besitzergreifung erlangt hat[497]. Führt man indes die Gegenüberstellung von § 985 und § 986 BGB auf die Alternativität von Eingriffs- und Opferhaftung aus dem Eigentumsrecht zurück, kann man sich hiermit nicht zufrieden geben. Der Vindikation nach § 985 BGB als einer Eingriffskondiktion unterworfen ist allein der Eingriffsbesitzer, und dessen Besitz ist gerade um des Eingriffs in das Eigentumsrecht willen immer und ausnahmslos unrechtmäßig. Weiter aber reicht die Vindikation schon von vornherein nicht. Als die eigentliche materiellrechtliche Aussage der zu § 986 BGB entwickelten sogenannten Einwendungstheorie - keine Vindikation in der Besitzrechtslage - war demgegenüber herauszuschälen, daß in einer solchen Besitzrechtslage die Vindikation durch einen Rückabwicklungsanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer verdrängt wird: Die in der Vindikation gelegene Eingriffskondiktion weicht nicht einem Recht zum Besitz, sondern einer auf das Recht zum Besitz gerichteten Leistungskondiktion. Wer die Sache vom Eigentümer übergeben erhalten hat und damit als Leistungsbesitzer der Leistungskondiktion unterworfen ist, ist immer zum Besitz berechtigter Besitzer.

---

497) Statt aller: Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 II.

Die hier anzusprechende prozessuale Seite der Einwendungstheorie wird meist mit einem Hinweis auf das Versäumnisverfahren erläutert[498]: Beschreibt man das Recht zum Besitz in seiner Wirkung mit einer Einrede gegen die Vindikation, findet es vor Gericht nur Berücksichtigung, wenn seine Voraussetzungen vom Besitzer selbst geltend gemacht werden. Der Besitzer muß sich also selbst etwa auf einen Mietvertrag mit dem Eigentümer berufen. Führt das Recht zum Besitz hingegen mit der Einwendungstheorie zur Verneinung der Vindikation, sind diese Voraussetzungen schon von Amts wegen und damit auch zugunsten eines säumigen Beklagten zu berücksichtigen. Wer nun die Abschichtung von "unrechtmäßigem" und "rechtmäßigem" Besitz, wie erforderlich, in der Verlängerung von Eingriffsschutz und Opfersicherung des Eigentumsrechts sieht, muß demgegenüber einerseits wieder einen Schritt zurück, andererseits aber sogar noch einen Schritt weitergehen. Ein der Vindikation unterworfener Eingriffsbesitzer wie der Dieb ist -um die dem Eigentümer abhandengekommene Herrschaftsmacht über die Sache- rechtsgrundlos bereichert, ohne daß er dem überhaupt auch nur irgend etwas entgegenzusetzen hätte. Der einer Leistungskondiktion unterworfene Leistungsbesitzer dagegen ist zwar gleichfalls - nämlich um das ihm vom Eigentümer zugewendete, in einem Herrschaftsrecht an der Sache bestehende Recht zum Besitz -rechtsgrundlos bereichert. Er aber hat die Vermutung für sich, daß gleichwohl seine Bereicherung durch die Erreichung des vom Eigentümer mit dessen Leistung verfolgten Zwecks gerechtfertigt wird, ein bestimmtes Schuldverhältnis zu erfüllen. Die sich für ihn hieraus ergebende mögliche Einrede der Nichtfälligkeit des gegen ihn gerichteten Herausgabeanspruchs - die also gerade nicht einer Vindikation, sondern der Leistungskondiktion des Eigentümers entgegensteht und mit dem Recht zum Besitz als solchem nichts zu tun hat - muß darum nicht er, sondern schon von vornherein der Eigentümer aus dem Wege räumen. Hat also etwa der Eigentümer sein Grundstück dem Besitzer zur Miete eingeräumt und will er nunmehr wegen Unwirksamkeit der Mietvereinbarung mit seinem Opferanspruch gegen den Besitzer durchdringen, ist es Sache des Eigentümers und nicht des Besitzers, das Nichtzustandekommen des

498) Darüber etwa wieder Wolff-Raiser aaO § 84 FN. 15.

Schuldvertrages zu belegen[499].

Soweit die Vindikation wirklich reicht -und das bestimmt sich allein nach ihrer Natur als Eingriffsanspruch - ist somit an ein Recht des Besitzers zum Besitz gar nicht erst zu denken. Insoweit ist vielmehr die Unrechtmäßigkeit des Besitzes nicht nur zu vermuten, sondern auch nicht zu widerlegen. Wo jedoch statt der Vindikation der in der Leistungskondiktion gelegene Opferanspruch das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis beherrscht, ist der Besitzer stets zum Besitz berechtigt. Es kommt nur noch darauf an, ob dieser Herausgabeanspruch auch fällig ist. Das aber hat als der leistende Teil der Eigentümer und nicht der Besitzer darzutun.

d) Wo der hier vorläufig noch immer nur in seiner allgemeinen Erscheinungsform erörterte Herausgabeanspruch aus dem mittelbaren Recht zum Besitz nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 und Satz 2 BGB nicht auf eine rechtsgeschäftliche, sondern auf eine unmittelbar auf dem Gesetz oder auf einem Hoheitsakt beruhende Ausübungsüberlassung des Sachherrschaftsrechts des Eigentümers oder eines Dritten zurückgeht, sind in § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB die Worte "durch die Leistung eines anderen" entsprechend zu ergänzen[500]. Inhaltlich besteht die "auf Kosten" des Eigentümers oder Dritten erlangte, rechtsgrundlose Bereicherung des Herausgabepflichtigen je nachdem, ob das zur Ausübung überlassene Sachherrschaftsrecht des Eigentümers oder Dritten bisher unmittelbares oder mittelbares Recht zum Besitz war, in dem aus einem solchen Recht herausgespaltenen, wiederum unmittelbaren oder mittelbaren Recht des Empfängers zum Besitz.

Wie noch einmal hervorgehoben sei, ist dieser in der Leistungs-

499) Wenn wir von einer Einrede oder - so oben bei Note 495 - einer Einwendung auch dort reden, wo der Träger des Anspruchs selbst sie auszuräumen hat, so ist das natürlich nur möglich, wenn man die materiellrechtliche und die prozessuale Betrachtung voneinander scheidet und "Einrede" und "Einwendung" ausschließlich im materiellrechtlichen Sinne gebraucht: Also, wie im Text, mit der Bedeutung, daß ein vorhandener Anspruch gehemmt ist (Einrede) bzw. ein Anspruch nicht vorhanden, sondern nur seinen Entstehungsvoraussetzungen nach begründet ist (Einwendung).

500) Dagegen läßt sich insoweit nicht an die Worte "oder in sonstiger Weise" anknüpfen, hinter denen die der Opferkondiktion gerade entgegenzusetzende Eingriffskondiktion steht.

kondiktion oder sonstigen Opferkondiktion bestehende Rechtsfortwirkungsanspruch kein isolierter Anspruch. Er bildet vielmehr den Ausfluß des als subjektives Herrschaftsrecht an der Sache, nämlich als nunmehr erststufig oder höherstufig mittelbares Recht zum Besitz fortbestehenden Rechts des Eigentümers oder eines Dritten. Was ihn als Rechtsfortwirkungsanspruch charakterisiert, ist die Tatsache, daß dieses Recht zwar nicht in ihm, wohl aber durch ihn nach wie vor als Herrschaftsrecht an derselben Sache bestehen bleibt.

Im einzelnen mag in diesem Zusammenhang noch an die Streitfrage erinnert werden, ob man den Gedanken des § 817 Satz 2 auch auf die Vindikation nach § 985 BGB zu erstrecken habe. In Wirklichkeit läßt sich diese Frage nun freilich so schon gar nicht stellen. Denn wo der Besitzer die Sachherrschaft durch eine Leistung des Eigentümers erlangt hat, ist die Vindikation überhaupt nicht gegeben. Der Besitzer ist hier vielmehr allein der Leistungskondiktion des Eigentümers ausgesetzt, so daß es bei der unmittelbaren Anwendung von § 817 Satz 2 BGB bewendet. Auf weitere Einzelfragen, die sich für den Herausgabeanspruch aus dem zur Ausübung überlassenen Eigentums- oder Drittbesitzrecht im Rahmen der §§ 812 ff. BGB stellen, ist nicht mehr eigens einzugehen. Grundsätzlich gilt hier dasselbe, was für den Fall der Veräußerung des Eigentumsrechts darzulegen war.

e) Es braucht nicht besonders darauf hingewiesen werden, daß sich der Herausgabeanspruch aus dem mittelbaren Recht zum Besitz in der hier behandelten allgemeinen Leistungs- oder sonstigen Opferkondiktion natürlich nicht erschöpft. Wohl aber ist Gewicht darauf zu legen, daß systematisch gesehen dieser Anspruch unter den überhaupt möglichen Herausgabeansprüchen im Besitzrechtsmittlungsverhältnis keineswegs nur eine Außenseiterrolle einnimmt, sondern im Zentrum der Betrachtung steht. Was an ihm zu entwickeln war, muß auch für anderweitige Erscheinungsformen des "Herausgabeanspruchs aus dem mittelbaren Besitz" bestimmend sein.

6. Damit können wir abschließen: Erfaßt man die wahre Natur der Leistungskondiktion in einem Fortwirkungsanspruch aus einem subjekti-

ven Recht, läßt sich die volle Tragweite dieser Einsicht doch erst dann ermessen, wenn man ihr außer an der Übertragung des Rechts durch Veräußerung auch an der Übertragung des Rechts durch Überlassung zur Ausübung nachgeht. Das wesentlichste hierbei für das Eigentumsrecht oder genauer für das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zu gewinnende, auf der Gliederung des Drittschutzes in Eingriffsschutz und Opfersicherung aufbauende Ergebnis ist, daß sich die Leistungs- oder sonstige Opferkondiktion und die Vindikation als Fortwirkungsansprüche aus demselben Recht gegenseitig ausschließen. Dahinter steht der einfache Grundgedanke, daß wer die Sache ausgehändigt erhalten hat, nicht die gleiche Behandlung verdient wie der Dieb.

2. Besondere Opferkondiktionen

A. Veräußerung des Rechts

Es ist schon sichtbar geworden, daß man in der Verfolgung des Gedankens der Rechtsfortwirkung bei der allgemeinen Leistungskondiktion nicht haltmachen kann. Auch die außerhalb der §§ 812 ff. BGB geregelten anderweitigen, an die Übertragung eines Rechts geknüpften Rückabwicklungsansprüche sind in den Kreis der Betrachtung mit einzubeziehen. Dabei soll zunächst wieder mit den Fällen begonnen werden, in denen die Übertragung des Rechts in der Form der Veräußerung geschieht.

1. Für diese sonstigen Rückabwicklungsansprüche gilt im Grundsatz dasselbe, was wir für die allgemeine Leistungskondiktion entwickelt haben. Zu ihnen gehört im Rahmen der Übertragung durch Veräußerung beispielsweise der Rückerstattungsanspruch beim Darlehen (§ 607 BGB). In sehr viel allgemeinerer Bedeutung wird hier aber vor allem auch der Rückerstattungsanspruch praktisch, der nach dem Rücktritt von einem Schuldverhältnis durchgreift (§ 346 BGB).

Auch hier, so behaupten wir also, handelt es sich um Fortwirkungsansprüche aus einem mit der Leistung aufgeopferten subjektiven Recht. Wiederum ist es die Tatsache, daß sich die auf dieses Recht zurückzuführende Bereicherung in der Hand eines Dritten befindet, obwohl die Güterzuweisung an den bisherigen Berechtigten ihrem Zweck nach erhalten bleibt, kurz, wiederum ist es die Rechtsgrundlosigkeit der vom Leistenden erlangten Bereicherung des Empfängers, die den Anspruch auf der Grundlage des aufgeopferten Rechts zur Entstehung bringt. Zwar geht dem Leistenden das Recht mit der Übertragung verloren, um - so bei der Veräußerung durch Übereignung der Sache - auf den Empfänger überzugehen oder - so bei der Veräußerung durch Verwertung der Sache - unterzugehen. Der Zweck der in ihm angelegten Güterzuweisung überdauert jedoch deren normativer Wirkung gemäß diesen Verlust und läßt das verlorene Recht vermöge einer Opferkondiktion fortwirken.

Wenn und solange durch die dem Empfänger gemachte Zuwendung, in der sich der vom Leistenden verlorene Zuweisungsgehalt des aufgeopferten Rechts wiederfindet, das mit der Leistung in Bezug genommene Schuldverhältnis erfüllt ist, ist freilich ein solcher Rechtsfortwirkungsanspruch nicht vorhanden. So lange wirken sich vielmehr die schon mit der Leistung geschaffenen Entstehungsvoraussetzungen des Anspruchs noch nicht aus, weil für die Bereicherung ein Rechtsgrund vorhanden ist. Ist dagegen die Erfüllung des Schuldverhältnisses nicht mehr gegeben, greift die Opferkondiktion durch. Dann nämlich kommen die Entstehungsvoraussetzungen der Haftung nun auch ungehindert zum Tragen, weil es an einem Rechtsgrund der Bereicherung fehlt. Jedenfalls aber sind die Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung und die Frage nach einem möglichen Rechtsgrund der Bereicherung wieder scharf auseinanderzuhalten[501].

In systematischer Sicht stellen die hier behandelten, aus der betroffenen Güterzuweisung erwachsenden Rechtsfortwirkungsansprüche

501) Dabei gilt auch hier wieder: Der Gläubiger muß nicht nur die Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung des Schuldners als den Entstehungsgrund des Anspruchs dartun. Er hat darüber hinaus selber auch die "rechtshindernde Einwendung" auszuräumen, daß die Bereicherung des Schuldners durch die Erfüllung des Schuldverhältnisses gerechtfertigt ist. Vgl. oben bei Note 272 und 273 sowie zu Note 495.

besondere Leistungskondiktionen dar: Leistungskondiktionen, die nicht nur aus historischen Gründen, sondern vor allem auch mit dem Ziel einer Verschärfung der Haftung aus dem Mutterboden der Leistungskondiktion in § 812 Abs. 1 BGB oder genauer der alten condictio ob causam finitam in § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB herausgelöst worden sind und nun unter dem Gesichtspunkt der Spezialität die allgemeine Leistungskondiktion verdrängen. Damit tritt auch insoweit wieder an die Stelle des Herrschaftsrechts an der Sache das Herrschaftsrecht an einer Leistungskondiktion. Oder anders und einfacher gesagt, das Eigentumsrecht wirkt vermöge des Opferanspruchs in einem Forderungsrecht fort.

2. Die Erkenntnis, daß die Leistungskondiktion aus einem aufgeopferten Recht hervorgeht, und auch, daß die Voraussetzungen ihrer Entstehung mit der Leistung fertig vorliegen, ist für ihre hier erörterten Spielarten von besonderer Bedeutung. Dies gilt jedenfalls dort, wo schon ihre Anordnung im Gesetz nahelegt, solche speziellen Rückabwicklungsansprüche auch dogmatisch nicht auf ein durch Veräußerung verlorenes subjektives Recht, sondern auf das Schuldverhältnis zu gründen, zu dessen Verwirklichung geleistet worden ist. Denn in Wahrheit hat man auch hier wieder mit aller Entschiedenheit den Rückabwicklungsanspruch gegen das Schuldverhältnis und die Problematik des Geschäftszwecks abzusetzen.

a) So wäre es beispielsweise beim Darlehen verfehlt, sich zwar zutreffend von der Realvertragstheorie freizumachen[502], darum nun aber den Rückabwicklungsanspruch nach § 607 BGB auf den rein konsensualen Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts zurückzuführen. Schon früher[503] war zu betonen, daß eine spätere Rückabwicklung nicht auch selbst mit zum Inhalt des Schuldvertrages gehört. Der Geschäftszweck eines Darlehensvertrages erschöpft sich in der entgeltlichen oder unentgeltlichen Veräußerung vertretbarer Güter auf begrenzte Dauer. Daher ist die Wurzel des Rückabwicklungsanspruchs nicht in dem Schuldverhältnis zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer zu suchen und

502) Darüber oben zu Note 184 bis 186.

503) Oben zu Note 237.

der Anspruch nicht als mit dem Zustandekommen dieses Schuldverhältnisses entstanden zu betrachten. Es ist vielmehr allein das vom Darlehensgeber aufgeopferte subjektive Recht, welches diesen Anspruch trägt. Dementsprechend liegen die Entstehungsvoraussetzungen eines solchen Anspruchs erst mit der Leistung, mit ihr dann aber auch schon vollständig vor. Hierin geht zugleich der an sich richtige Gedanke der Realvertragslehre auf, daß den Empfänger schlechterdings keine Rückabwicklungspflicht treffen könne, ehe er die ihm zugedachte Zuwendung überhaupt erhalten hat[504].

Andererseits ist es aus den gleichen Gründen auch verfehlt, zu behaupten, der Rückabwicklungsanspruch gehe aus dem konsensual begründeten Schuldverhältnis, wennschon erst mit dessen ex nunc wirkender Auflösung hervor[505]. Auf dem mit der Auszahlung des Darlehens vom Leistenden aufgeopferten Recht, also auf dem Eigentum am hingegebenen Geld, und nicht auf dem Schuldverhältnis beruht die Haftung des Empfängers. Und geschaffen werden die Entstehungsvoraussetzungen des Rückgabeanspruchs erst und schon mit der Leistung: Der Leistung, die nicht der - in der Tat allein durch eine Verpflichtung zu bewirkenden - Begründung, sondern der Invollzugsetzung eines Schuldverhältnisses dient, das bereits besteht, gleichzeitig entsteht oder auch erst künftig wirksam zustandekommen soll[506].

Bedeutsam ist an diesem Schuldverhältnis in unserem Zusammenhang aber soviel, daß es nach seiner Auflösung nicht länger erfüllt wird. Denn damit ist die in der Zuwendung bestehende, rechtsgrund-

504) Oben zu Note 235.

505) So aber für die hier in Frage kommenden Fälle allgemein etwa Larenz, Schuldrecht I § 6 I (70): Dort wird gesagt, der Rückabwicklungsanspruch werde aus dem Schuldverhältnis und erst mit dessen Auflösung begründet.

506) Zutreffend macht daher auch Larenz aaO wieder die Einschränkung, der Rückgabeanspruch entstehe nur dann, wenn zuvor die Hingabe der Sache erfolgt sei. Noch deutlicher, wennschon nun vollends im Widerspruch zu der Behauptung, der Anspruch werde erst mit Auflösung des Schuldverhältnisses begründet, für das Darlehen im besonderen derselbe, Schuldrecht II § 47 III (195): Die Kündigung des Darlehens führe die Fälligkeit des Rückerstattungsanspruchs herbei. Denn dann muß der Anspruch seinen Entstehungsvoraussetzungen nach schon vorher gegeben gewesen sein. Aus diesem Widerspruch führt nur die Einsicht heraus, daß der Anspruch gegen den Darlehensnehmer in einem aufgeopferten Recht des Darlehensgebers wurzelt.

lose Bereicherung des Darlehensnehmers aus einer bislang gerechtfertigten zu einer nunmehr ungerechtfertigten Bereicherung geworden. Von jetzt ab wirken sich die auch bisher schon gegebenen Entstehungsvoraussetzungen der Heftung voll aus: Der Darlehensgeber kann den fortan nicht mehr nur diesen Voraussetzungen nach begründeten, sondern nun auch als solchen vorhandenen Rückgabeanspruch geltend machen. Oder umgekehrt, die eigentliche dogmatische Schwierigkeit liegt darin, daß der Anspruch vor der Auflösung des Schuldverhältnisses selbst noch nicht existiert, sondern eben bloß seinen Entstehungsvoraussetzungen nach schon begründet ist. Nur darf das nicht dazu verleiten, diese Voraussetzungen aus dem Schuldverhältnis herauszulesen.

b) Freilich steht dieser Auffassung wieder die Tendenz in Lehre und Rechtsprechung entgegen, auch im Rückabwicklungsanspruch die Bestätigung des Schuldverhältnisses als Organismus zu suchen[507]. Mehr noch und vor allem kommt das aber auch für den Rückabwicklungsanspruch beim Rücktritt zur Sprache.

Denn mit eben der Vorstellung vom Schuldverhältnis als der wandlungsfähigen, übergreifenden Bindung, die sich auch noch nach ihrer Auflösung bis zu ihrer von dieser zu unterscheidenden Beendigung als lebenskräftig erweist und als Ausdruck dessen den Rückabwicklungsanspruch zeitigt, will die heute wohl schon herrschende Meinung auch den Anspruch nach § 346 BGB erklären. Der Anspruch soll sich, so nimmt man an, aus dem durch den Rücktritt unter Wahrung seiner Identität mit Wirkung ex nunc in ein "Rückabwicklungsverhältnis" umgewandelten Schuldverhältnis herleiten. Er wird also durch die Rücktrittserklärung nur noch ausgelöst, geht aber letztlich auf den ursprünglichen Vertragsschluß der Beteiligten zurück[508]. Anders al-

507) Darüber schon oben bei Note 238 bis 240.

508) Insbesondere: Heinrich Stoll, Anm. zu RG II 50/27 (RGZ 118,185) JW 1928, 57 ff.; derselbe, Rücktritt und Schadensersatz, AcP 131 (1929) 141 ff.; E. Wolf, Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden, AcP 153 (1954) 97 ff., insbes. 113 ff., sowie Festg. Herrfahrdt 211 FN. 59; Larenz, Schuldrecht I § 25 I a; Blomeyer, Schuldrecht § 35 I 1 b; ebenso Esser, Schuldrecht § 82, 2 und 5, der jedoch die Frage der Rückwirkung offen läßt. Weiter etwa auch

lerdings nach früher kaum bezweifelter, heute jedoch schon fast endgültig zum Rückzug gedrängter Ansicht. Danach hat man in Übereinstimmung mit dem äußeren Aufbau des Gesetzes das vertraglich begründete und durch den Rücktritt mit Wirkung ex tunc aufgelöste Schuldverhältnis einerseits und den als besonderen Bereicherungsanspruch oder sonstigen "gesetzlichen" Anspruch, jedenfalls aber als gegenüber dem Schuldverhältnis eigenständigen Anspruch verstandenen Rückabwicklungsanspruch andererseits auseinanderzuhalten[509]. Nur das letztere ist richtig, ohne daß man freilich dem Gesetzesaufbau allein entscheidende Bedeutung zumessen dürfte. Denn die für den Rückerstattungsanspruch gegen den Darlehensnehmer angestellten Überlegungen treffen entsprechend auch auf den hier behandelten Rückabwicklungsanspruch zu. Die Wurzel auch dieses Anspruchs ist nicht in dem Schuldverhältnis zu suchen, in das er durch den das Schuldverhältnis begründenden Vertrag einbezogen oder aus dem er durch die Erklärung des Rücktritts freigesetzt worden wäre. Auch dieser Anspruch ist vielmehr eine besondere Leistungskondiktion und als solche ein Fortwirkungsanspruch aus einem aufgeopferten Recht. Was der Rücktritt vom Vertrage freisetzt und zum Tragen kommen läßt, sind die allein mit der Leistung, durch die über das Recht verfügt worden ist, geschaffenen Entstehungsvoraussetzungen der Haftung. Dies geschieht hier anders als bei der Kündigung eines Darlehens sogar mit Rückwirkung. Denn der Rücktritt löst das zunächst erfüllte Schuldverhältnis durchaus ex tunc auf.

Haben also bei einem Grundstückskauf die Beteiligten dem Verkäufer eine Rücktrittsbefugnis vorbehalten und wird diese Befugnis

---

Raiser, Festschr. Wolff 140, JZ 1958,684 und JZ 1961,531; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 I 2; oben Note 341. Der Bundesgerichtshof bezeichnet in BGHZ 5,337 (340) und 48,70 (74) den Rückabwicklungsanspruch als Anspruch aus dem wieder aufgelösten Vertrag, während in BGHZ 16,153 (155/6) unentschieden bleibt, ob der Anspruch aus dem vertraglich begründeten Schuldverhältnis hervorgeht.
Hierzu auch schon oben Note 238/9.

509) Für diese überkommene Anschauung Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 38 II m.w.Nachw. Aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung etwa RGZ 136,33. Hierzu auch schon oben bei Note 341.
Unklar dagegen Fikentscher, Schuldrecht § 48 II 2 (oben Note 239): Einerseits sollen der durch den Rücktritt beendete alte Vertrag und das als gesetzliches Schuldverhältnis zu verstehende Rückabwicklungsverhältnis mit einer Rückwirkung einzelner Pflichten auseinanderzuhalten sein. Andererseits wird ganz im Sinne der Gegenansicht gleichwohl von einer mit Wirkung ex nunc eintretenden Umwandlung des Vertrages in ein Rückgewährschuldverhältnis gesprochen.

nach der Auflassung und Umschreibung des Grundstücks auf den Käufer ausgeübt, so ist es das vom Verkäufer mit der Veräußerung verlorene Eigentum, aus dem sein Rückabwicklungsanspruch gegen den Käufer hervorgeht. Nicht aber ist es das Kaufschuldverhältnis. Nur liegt erst jetzt keine Erfüllung dieses Schuldverhältnisses mehr vor, so daß auch jetzt erst der Rechtsfortwirkungsanspruch durchzugreifen vermag.

c) Daß man die speziellen Rückabwicklungsansprüche gegen das mit der Leistung zunächst erfüllte Schuldverhältnis abzusetzen und als besondere Leistungskondiktionen in Parallele zur allgemeinen Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB zu sehen hat, bestätigt auch noch einmal das Gesetz. Wäre nämlich die Vorschrift des § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB in den hier in Betracht kommenden Fällen nicht durch die einschlägigen Sonderbestimmungen verdrängt, würde tatsächlich auch sie haftungsmäßig zu keinem anderen Ergebnis führen; § 820 Abs. 1 Satz 2 BGB[510].

Im übrigen ist allerdings auch hier wieder[511] ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß mit alledem die Lehre vom Schuldverhältnis als einem wandlungs- und entwicklungsfähigem Gefüge als solche natürlich keineswegs in Frage gestellt werden kann oder soll. Das tun auch diejenigen nicht, die gerade für die Deutung des § 346 BGB an der herkömmlichen Auffassung festhalten[512]. Der Charakter des Schuldverhältnisses als "Organismus" läßt sich zwar an der Umgestaltung eines solchen Gefüges nach den Regeln der Surrogation und seiner Überleitung in ein Abrechnungsverhältnis nach Schadensersatzregeln veranschaulichen, nicht aber auch an seiner angeblichen Verwandlung in ein durch den Rückabwicklungsanspruch zu substantiierendes "Rückabwicklungsverhältnis". Die damit vor allem verfolgte und vollkommen berechtigte Zielsetzung, das Schuldverhältnis auch noch nach seiner Auflösung als tragfähige Basis von Schadensersatzansprüchen darzustellen, rechtfertigt eine solche Heranziehung des Rückab-

510) v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 343. Vgl. auch schon Siber, Schuldrecht § 48 I 3 a.
511) Zum folgenden wiederum bereits oben bei Note 238 bis 240.
512) Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 1 III und § 38 II (oben Note 509).

wicklungsanspruchs nicht. Denn es wird heute nicht mehr ernstlich in Abrede gestellt, daß auch auf Grund eines schon von vornherein nichtigen oder unwirksamen Vertragsschlusses, ja sogar nur auf Grund bloßen sozialen Kontakts, ein namentlich für den Ersatz des Vertrauensschadens eines Beteiligten erhebliches "Schutzverhältnis" entstehen kann[513]. Ist dies dort anerkannt, ohne daß auf ein solches Schuldverhältnis schon geleistet worden wäre und damit ein Rückabwicklungsanspruch entstanden sein könnte, kann es hier nicht anders sein. Zur Substantiierung einer derartigen, gerade für Schadensersatzansprüche bedeutsamen "Rahmenbeziehung" bedarf es vielmehr des Rückabwicklungsanspruchs auch dann nicht, wenn das zunächst vollgültige Schuldverhältnis später wieder aufgelöst worden ist. Dabei ist unerheblich, ob diese Auflösung, wie beim Darlehen, mit Wirkung ex nunc oder, wie beim Rücktritt, mit Wirkung ex tunc eintritt[514]. Die moderne Theorie ist längst weit genug fortgeschritten, um die in Wirklichkeit sachfremde Krücke des Rückabwicklungsanspruchs zur Darstellung der übergreifenden Bindung des Schuldverhältnisses ohne weiteres entbehren zu können.

Was dem Gedanken einer Umwandlung des Schuldverhältnisses in ein "Rückabwicklungsverhältnis" dann noch Nahrung verschafft, ist die legitime Frage, wie die besonderen Rückabwicklungsansprüche dogmatisch sachgerecht einzuordnen sind. Denn wenn man diese Ansprüche einfach als "gesetzliche" Ansprüche hinzunehmen hätte, wäre die Haftung nur umschrieben, aber nicht erklärt. Damit vermag man sich allerdings nicht zufriedenzugeben. Die Antwort hierauf kann jedoch nicht in dem Versuch liegen, diese Ansprüche in das mit der Leistung in Bezug genommene Schuldverhältnis zu inkorporieren, in das sie gerade nicht hineingehören. Sie liegt vielmehr in der gleichen Erkenntnis, die schon die entsprechende Antwort für den "gesetzlichen Anspruch nach § 812 BGB" ermöglicht, ja die überhaupt erst den An-

513) Von einem "Schutzverhältnis" spricht vor allem Canaris JZ 1965, 475 ff.; weiter hierzu etwa auch Thiele JZ 1967, 649 ff. Oben Note 240.

514) Für einen solchen Schadensersatz auch bei der durch Rücktritt mit Wirkung ex tunc herbeigeführten Auflösung des zunächst vollwirksamen Schuldverhältnisses, das als "konstante Rahmenbeziehung" weiterbesteht und den Ersatzanspruch trägt, insbesondere schon Herholz AcP 130,257 ff. Andere etwa auch heute noch Fikentscher, Schuldrecht § 48 II 2, demzufolge nach dem Rücktritt schlechthin keine Schadensersatzansprüche mehr aus dem Vertrag geltend gemacht werden können.

stoß für die moderne Entwicklung der Bereicherungsdogmatik gegeben hat: Wie es sich bei der Eingriffskondiktion, aber, wie wir gesehen haben, auch bei der Leistungskondiktion um Ansprüche handelt, kraft deren ein subjektives Recht fortwirkt, so haben wir es auch hier mit Bereicherungsansprüchen, nämlich mit besonderen Leistungskondiktionen zu tun, die demgemäß ebenfalls als Fortwirkungsansprüche aus einem subjektiven Recht zu erklären sind. Darum kann man diese Ansprüche nicht aus einem vermeintlich in ein "Rückabwicklungsverhältnis" umgeschlagenen Schuldverhältnis herleiten. Aufgelöstes Schuldverhältnis auf der einen Seite sowie in einem aufgeopferten Recht wurzelnder Rückabwicklungsanspruch und an diesem Anspruch bestehendes, das aufgeopferte Recht ersetzendes Forderungsrecht auf der anderen Seite sind mit aller Entschiedenheit voneinander zu trennen.

Hiernach ist es nicht richtig, wenn die herrschende und auch vom Bundesgerichtshof erst unlängst noch einmal bestätigte Ansicht "bereicherungsrechtliche" und "vertragliche" Rückabwicklungshaftung einander scharf entgegensetzt[515]. Zutreffend ist nur, wenn allgemein der "Vertragshaftung" Ausschließlichkeit gegenüber der "Bereicherungshaftung" zuerkannt wird. Mit einer "Subsidiarität der Bereicherungshaftung gegenüber der Vertragshaftung" hat das aber nichts zu tun. Gemeint ist in Wahrheit die Spezialität der nicht im Schuldvertrag, sondern im aufgeopferten Recht wurzelnden besonderen Opferkondiktion, kraft deren die auf dieselbe Wurzel zurückgehende allgemeine Opferkondiktion hier verdrängt ist[516].

515) BGHZ 48, 70 (75/6).

516) Wo von der "Subsidiarität der Bereicherungshaftung hinter der Vertragshaftung" die Rede ist, kann es sich außer um die hier maßgebliche Spezialität der besonderen Opferkondiktion gegenüber der allgemeinen Opferkondiktion auch um eine ganz andere Frage handeln: Nämlich darum, daß bei einem entgeltlichen Vertrag der Vorleistende so lange auf seinen Erfüllungsanspruch gegen den Empfänger angewiesen bleibt und die erbrachte Zuwendung vom Empfänger nicht zurückverlangen kann, bis durch eine Auflösung des Vertrages dieser Erfüllungsanspruch erloschen und eine Opferkondiktion, also ein Rückabwicklungsanspruch, gegen den Empfänger freigesetzt worden ist; dazu oben bei Note 206 bis 215. Auch insoweit gibt der Begriff der "Subsidiarität" sachlich keine Aufschlüsse.

d) Davon abgesehen haben einen solchen Fortwirkungsanspruch und nicht einen Anspruch aus einem Schuldverhältnis auch die verschiedenen, vor allem im Rahmen von Leistungsstörung und Gewährleistung praktisch wichtigen Fälle der Verweisung auf eine besondere Leistungskondiktion (§§ 327 Satz 1, 467 Satz 1, 634 Abs. 4 i.V.m. § 346 BGB) zum Ziel. Auch insoweit bezieht sich die Verweisung der Sache nach wieder nicht erst auf die Folgen, sondern schon auf die Voraussetzungen des Rückabwicklungsanspruchs. Dadurch wird klargestellt, daß dessen scharfer Haftungsmaßstab gelten soll[517].

3. Als Rechtsfortwirkungsanspruch ist auch die besondere Leistungskondiktion ausnahmslos auf ein aufgeopfertes subjektives Recht zurückzuführen. Andererseits kann der Leistende, jedenfalls grundsätzlich, dann aber auch keine Rechtsfortwirkung geltend machen, wenn er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit fremden Guts bedient hat.

Nach herrschender Ansicht gilt das freilich nicht, vielmehr soll auch der in unwirksamer Verfügung leistende Nichtberechtigte den Rückabwicklungsanspruch haben. Wie ihm also etwa bei der Nichtigkeit des Schuldverhältnisses die allgemeine Leistungskondiktion zugestanden wird[518], gewährt man ihm auch bei der beispielsweise durch Rücktritt oder Wandlung eines Vertragsteils erfolgten Auflösung des Schuldverhältnisses die besondere Leistungskondiktion gegen den Empfänger[519]. Ebenso muß hiernach etwa auch der Bankräuber, der in im übrigen unanstößiger Weise das erbeutete und noch unvermischte Geld einem Dritten zum Darlehen gibt, mit der Kündigung vom Darlehensnehmer Rückzahlung verlangen können.

---

517) Tatsächlich wäre freilich auch bei einer Verweisung auf die Voraussetzungen des allgemeinen Rückabwicklungsanspruchs nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB das Ergebnis im Hinblick auf § 820 Abs.1 Satz 2 BGB kein anderes. Oben zu Note 510.

518) Oben zu Note 264 bis 267. Vgl. auch zu Note 420.

519) Statt aller: v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 349. In BGHZ 5, 337 ff. und den Erörterungen dieses Urteils- ausführlich zuletzt vor allem Stumpp, Zum Rücktritt des Käufers einer gestohlenen Sache, JuS 1964, 310 ff. - wird die gleiche Ansicht vorausgesetzt.

Da derartige Ergebnisse nun aber einmal nicht überzeugen, lassen sie sich auch nicht wirklich durchhalten. Das zeigt sich vor allem an der seinerzeit vieldiskutierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Rücktrittsbefugnis des Käufers eines gestohlenen Kraftfahrzeugs[520]. Wenn das Gericht dem Käufer hier den Rücktritt[521] nicht verwehrt hat, obwohl dieser den Wagen dem Eigentümer herausgegeben hatte und damit einer möglichen Herausgabepflicht gegenüber dem Verkäufer nicht mehr nachkommen konnte, ist das allen Angriffen auf das Urteil zum Trotz im Ergebnis sicherlich richtig. Seinen Grund hat das aber nicht, wie der Bundesgerichtshof meint, darin, daß die Vindikation des Eigentümers als "dinglicher" Herausgabeanspruch "stärker" ist als ein mit der Ausfolgung des Wagens an den Eigentümer nicht mehr zu befriedigender, "nur schuldrechtlicher" Herausgabeanspruch des nichtberechtigten Verkäufers[522]. Vielmehr läßt die Herausgabe an den Eigentümer die Rücktrittsbefugnis des Käufers einfach deshalb unberührt, weil hier in Wirklichkeit schon von vornherein eine in der besonderen Leistungskondiktion nach § 346 BGB zu fassende Herausgabepflicht des Käufers gegenüber dem Verkäufer überhaupt nicht in Betracht kam: Es war gar nicht an einen Anspruch zu denken, der mit dem Rücktritt hätte freigesetzt werden und mit dessen erst vom Käufer verursachter Undurchführbarkeit dieser hätte seine Rücktrittsbefugnis einbüßen können. Denn die Möglichkeit der Fortwirkung eines vom Verkäufer aufgeopferten Rechts war hier gerade auszuscheiden. Der Erwerber war vielmehr allein einer Eingriffskondiktion aus dem verletzten Recht des Eigentümers, nämlich der Vindikation unterworfen. Dabei ist noch hinzuzufügen, daß man mit dieser Feststellung auch einen schutzwürdigen Erwerber nicht in Schwierigkeiten führt. Denn hätte der Käufer etwa wegen eines Sachmangels gewandelt und den Wagen dem Verkäufer zurückgegeben, ohne wissen zu können, daß er mit dem Verkäufer gar nicht den Eigentümer des Fahrzeugs vor sich hatte, so wäre er nicht wegen der Befriedigung eines dahingehenden Anspruchs des Verkäufers, sondern kraft besonderer Vorkehrung des Gesetzes von seiner alleinigen Haftung gegenüber dem wah-

520) BGH aaO. Eingehende Nachweise zur Diskussion bei Stumpp aaO.
521) §§ 433 ff., 440 Abs. 1 i.V.m. §§ 323 ff., 327 Satz 1 i.V.m. §§ 346 ff., 350/351 BGB.
522) BGH ebenda 340.

ren Eigentümer frei geworden[523]. Entsprechend liegt es dort, wo ein Darlehen aus gestohlenem Geld gewährt worden ist.

Auf diese Weise bestätigt sich auch jetzt wieder[524] die Alternativität von Leistungs- und Eingriffskondiktion. Ist die Verfügung des Nichtberechtigten weder durch die Zustimmung des Berechtigten noch durch den guten Glauben des Erwerbers gedeckt, liegt keine das Recht übertragende, wirksame Leistung vor. Mit gestohlenem Gut kann nicht erfüllt werden. Darum ist die Rechtsmängelhaftung, der die Rücktrittsbefugnis dient, gerade als Haftung wegen Nichterfüllung ausgestaltet[525]. Was vorliegt, ist allein ein das Recht des Eigentümers verletztender Eingriff.

Davon abgesehen und für sich genommen ist die Behauptung, als "dinglicher" Anspruch prävaliere die "sachenrechtliche" Vindikation gegenüber dem "nur schuldrechtlichen" oder - wie man statt dessen meist sagt - "persönlichen" besonderen Rückabwicklungsanspruch, nicht mehr als eine leere Floskel. Das ist noch etwas näher zu be-

523) § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB. Vgl. oben zu Note 269.
Im übrigen kam eine Verwirkung des Rücktrittsrechts des Käufers im konkreten Fall auch nicht etwa deshalb in Frage, weil er den Wagen mittlerweile fast zu Schrott gefahren hatte; vgl. aber Larenz, Schuldrecht I § 25 I c (306). Denn auch wegen der mit der Nutzung erlangten Bereicherung ist allein eine Haftung gegenüber dem Eigentümer in Betracht zu ziehen, die dann gleichfalls durch eine Eingriffskondiktion gewährleistet wird; §§ 987 ff BGB. Das ist selbst dann nicht unbillig, wenn der Käufer auch insoweit nach § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB entlastet wird. Denn diese Entlastung ist nicht mehr als der gesetzliche Ausgleich für das Risiko, ob er den Kaufpreis vom Verkäufer tatsächlich zurückbekommt.
Die Diskussion geht eben von der falschen Voraussetzung aus, daß hier an sich auch der Verkäufer den Käufer in Anspruch nehmen kann - ein Standpunkt, den die herrschende Ansicht freilich schon bezüglich der Haftung mit der allgemeinen Leistungskondiktion nicht konsequent durchzuführen vermag (oben Note 271).

524) Hierzu schon oben bei Note 268 bis 271. Vgl. auch oben zu Note 419 bis 422.

525) § 440 Abs. 1 i.V.m. §§ 320 ff. BGB (oben Note 521); hierzu schon oben bei Note 270. Vgl. auch Note 422.

leuchten, weil der Bundesgerichtshof natürlich nicht von ungefähr zu dieser Behauptung gekommen ist, sondern mit ihr nur wieder der auch im Schrifttum noch immer vorherrschenden Vorstellung von einer überragenden Durchschlagskraft gerade der Vindikation Ausdruck verliehen hat. Der Verdacht, daß die Klassifikation nach "dinglichem" und "starkem" Anspruch auf der einen und "persönlichem" und "schwachem" Anspruch auf der anderen Seite selbst nicht auf starken, sondern auf schwachen Füßen steht, drängt sich uns schon insofern auf, als wir in der Kritik des klassischen Anwendungsbereichs der Vindikation bereits der genau umgekehrten Argumentation begegnet sind: Haben wir dort doch schon den "persönlichen" Rückabwicklungsanspruch mit der Folge als den "stärkeren" Anspruch bezeichnet gefunden, daß er die "dingliche" Vindikation als den "farbloseren" oder "schwächeren" Anspruch verdrängen soll[526]. Dort wie hier wird damit wenigstens in der Sache richtig getroffen, daß Eingriffsschutz und Opfersicherung sich ihrer Funktion nach gegenseitig ausschließen. Was aber darüber hinaus dann noch übrig bleibt, ist ein irreführender Sprachgebrauch, der wieder der leider üblichen und hier nun auch auf die Anspruchsbefugnis übertragenen unkritischen Handhabung des Dinglichkeitsbegriffs[527] entspringt. Zunächst: Wäre der Rückabwicklungsanspruch in dem hier erörterten Fall überhaupt gegeben, würde es sich ebenso wie bei der Vindikation in Wahrheit auch bei ihm um einen Anspruch aus dem Eigentum handeln. Tatsächlich ist mit der Unterscheidung von "dinglichen" und "persönlichen" Ansprüchen jedoch an etwas anderes gedacht: Das eine Mal geht es um einen Anspruch, der unselbständiger Ausfluß des fortbestehenden Eigentumsrechts bleibt, das andere Mal um einen Anspruch, der den Gegenstand eines an die Stelle des Eigentumsrechts getretenen Forderungsrechts bildet. Nun haben wir aber bereits gesehen, daß im Besitzrechtsmittlungsverhältnis auch die

526) So die These von Siber; oben zu Note 318 bis 323. Auf dasselbe läuft es hinaus, wenn Raiser seinen Angriff auf die herrschende Meinung (oben zu Note 325 bis 332) in die Behauptung einer "Subsidiarität" der Vindikation kleidet; so zu Note 332.

527) Darüber insbesondere schon oben zu Note 387.

allgemeine Leistungskondiktion nach § 812 BGB, die gemeinhin ein "persönlicher" Anspruch genannt wird, als bloßer Ausfluß des fortbestehenden Eigentumsrechts in Erscheinung tritt. Und genauso muß es, um soweit schon vorzugreifen, auch für eine mit wirksamer Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts an den Besitzer entstandene besondere Leistungskondiktion wie gerade etwa wieder den Anspruch nach § 346 BGB liegen, den niemand als "dinglichen" Anspruch bezeichnen würde. Daher sollte man allein auf das sachlich Gemeinte abheben und die nur zu Mißverständnissen verleitende Unterscheidung von "dinglichem" und "persönlichen" Ansprüchen ganz fallen lassen. Sie besagt inhaltlich ebensowenig wie die statt ihrer auch gebrauchte Unterscheidung von "sachenrechtlichen" und "schuldrechtlichen" Ansprüchen. Es hat also weder einen Sinn, nach "starken" und "schwachen" Ansprüchen zu differenzieren, noch lassen sich unrichtige Vorstellungen vermeiden, wenn man Ansprüche auch nur als "dinglich" oder "persönlich" qualifiziert.

4. Auch die außerhalb der §§ 812 ff. BGB geregelten, an eine Übertragung durch Veräußerung geknüpften Rückabwicklungsansprüche sind also Leistungskondiktionen und in dieser Eigenschaft Rechtsfortwirkungsansprüche. Auch solche besonderen Opferansprüche oder Opferkondiktionen verleihen dem subjektiven Recht Drittschutz, und zwar wiederum in der Funktion der Opfersicherung. Die Übertragung eines subjektiven Rechts und nicht ein dahingefallenes Schuldverhältnis ist es, was der Rückabwicklung unterliegt.

B. Überlassung des Rechts zur Ausübung

Auf Rechtsfortwirkungsansprüche in der Form von besonderen Opferkondiktionen treffen wir weiter vor allem dort, wo das subjektive Recht einem Dritten durch Überlassung zur Ausübung übertragen wird. Gerade daß die Beteiligten hier, sofern die Ausübungsüberlassung nicht auf Grund einer darüber hinaus beabsichtigten Veräußerung des Rechts zustandekommt, selbst nur von einer Rechtsübertragung auf Zeit ausgehen, hat dogmengeschichtlich die Ausprägung sol-

cher spezieller Rückabwicklungsansprüche besonders gefordert. Auch die entsprechenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches gehen im wesentlichen auf solche Vorbilder zurück.

1. Nun waren diese Vorbilder als kontraktliche oder quasikontraktliche Klagen verstanden worden. Das hat sich unter dem geltenden Recht in der Auffassung niedergeschlagen, es handle sich um Ansprüche aus einem vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnis. Davon zeugt schon ihre Einordnung in den Aufbau des Gesetzes. Denn hierher zählen außer dem auch insoweit wieder einschlägigen Anspruch nach § 346 BGB namentlich die besonderen Herausgabeansprüche des Vermieters, des Verpächters, des Verleihers und des Hinterlegers nach §§ 556,581 Abs. 2, 604, 695 BGB sowie etwa auch die Herausgabeansprüche des Bestellers eines Nießbrauchs- und eines Pfandrechts nach §§ 1055, 1223 BGB. Tatsächlich hat man jedoch auch hier Fortwirkungsansprüche aus einem Sachherrschaftsrecht und zwar in erster Linie aus dem Eigentumsrecht vor sich, die mit der Ausübungsüberlassung des Rechts entstanden sind. Für solche speziellen Rückgabeansprüche gilt darum grundsätzlich dasselbe, was wir für die bei der Ausübungsüberlassung des Sachherrschaftsrechts entstehende allgemeine Leistungskondiktion ausgeführt haben.

Grundlage des einzelnen, mit dem sogenannten "Herausgabeanspruch aus mittelbarem Besitz" identischen Anspruchs ist ein zunächst unmittelbares Recht zum Besitz, das einem anderen zur Ausübung überlassen worden ist: Das unmittelbar zum Besitz berechtigende Eigentumsrecht oder das gleichfalls als subjektives Herrschaftsrecht an der Sache strukturierte, von einer Schuldbeziehung unabhängige und umfassenden Drittschutz genießende persönliche oder dingliche unmittelbare Besitzrecht eines Dritten. Mit der Ausübungsüberlassung wird aus dem Eigentumsrecht oder Drittrecht ein wiederum als Herrschaftsrecht an derselben Sache zu begreifendes, persönliches oder dingliches unmittelbares Besitzrecht des neuen Besitzers herausgespalten, das in seinem Bestand ebenfalls an eine Schuldbeziehung zu einem anderen nicht gebunden und mit einem vollständigen Drittschutz bewehrt ist. Das persönliche Recht zum Besitz etwa des Mieters oder

Verwahrers und das dingliche Recht zum Besitz des Nießbrauchers oder Pfandgläubigers unterscheiden sich strukturell allein dadurch, daß nur das dingliche Besitzrecht mit Verfügungsmacht über das Recht ausgestattet ist. Ein derartiges Besitzrecht des neuen Besitzers widerspricht nun der ihrer normativen Natur gemäß die Ausübungsüberlassung überdauernden Güterzuweisung des Eigentumsrechts oder Drittrechts und stellt darum eine rechtsgrundlose Bereicherung des Besitzers dar. Die Rechtsgrundlosigkeit der damit in den Blick zu fassenden Bereicherung läßt eine Leistungskondiktion oder auch eine sonstige, auf die Herausgabe des Besitzrechts des Besitzers gerichtete Opferkondiktion aus der Güterzuweisung des zur Ausübung überlassenen Eigentumsrechts oder Drittrechts hervorgehen. Vermöge dieser Opferkondiktion besteht das zur Ausübung überlassene Recht als nunmehr nur noch mittelbares Herrschaftsrecht an derselben Sache fort. Ein solcher Herausgabeanspruch aber, der dem damit entstandenen Besitzrechtsmittlungsverhältnis zugrunde liegt, schließt als Opferkondiktion die Vindikation aus dem Eigentumsrecht und eine der Vindikation entsprechende Eingriffskondiktion aus dem Drittrecht gegenüber dem Besitzer aus.

Etwas anderes ist, ob die Erfüllung des mit der Ausübungsüberlassung in Bezug genommenen Schuldverhältnisses, also des Miet- oder Verwahrungsvertrages oder der Abrede über die Einräumung des Nießbrauchs- oder Pfandrechts, das Besitzrecht des neuen Besitzers legitimiert. Das ist in den hier zur Erörterung stehenden Fällen, in denen tatsächlich stets ein vollgültiges Schuldverhältnis in Vollzug gesetzt wird, zunächst einmal durchaus der Fall. Solange das zutrifft - solange mit anderen Worten dem Mieter noch nicht gekündigt, das in Verwahrung gegebene Gut noch nicht abgerufen, die für den Nießbrauch vereinbarte Frist noch nicht abgelaufen oder dem Pfandgläubiger der Kredit noch nicht zurückbezahlt ist -, so lange ist die für sich genommen rechtsgrundlose Bereicherung des Besitzers gleichwohl mit Rechtsgrund erlangt. Das ist wieder nur scheinbar ungereimt, weil die aus dem Zuweisungswiderspruch resultierende Rechtsgrundlosigkeit und der in der Erfüllung des Schuldverhältnisses liegende, mögliche Rechtsgrund der Bereicherung in Wahrheit in verschie-

denen Ebenen zu suchen sind. Terminologisch genauer ist es freilich auch hier wieder, von einer rechtsgrundlosen, aber gerechtfertigten Bereicherung des Besitzers zu sprechen. Umgekehrt besteht die rechtsgrundlose Bereicherung des Besitzers zugleich ohne Rechtsgrund, wenn keine Erfüllung des Schuldverhältnisses mehr gegeben ist. Oder wieder weniger verfänglich ausgedrückt, wenn die Kündigung des Mietvertrages erfolgt, das verwahrte Gut angefordert worden, der Nießbrauch durch Zeitablauf erloschen und damit auch das Grundverhältnis hinfällig geworden, oder schließlich,wenn die Schuldsumme zurückbezahlt und damit das Pfandrecht erloschen und die Kreditvereinbarung erledigt ist, dann ist der Besitzer nunmehr nicht nur rechtsgrundlos, sondern auch ungerechtfertigt um das ihm jedenfalls noch verbliebene persönliche Recht zum Besitz bereichert. Bei alledem ist der Herausgabeanspruch, der mit der berechtigten Herrschaftsmacht über die Sache auf den verlorenen Zuweisungsgehalt des zur Ausübung überlassenen Eigentumsrechts oder Drittrechts zielt und seinen Entstehungsgrund allein in der an der Güterzuweisung eines solchen Rechts zu ermittelnden Rechtsgrundlosigkeit dieser Bereicherung des Besitzers hat, anders als bei der Veräußerung des Rechts schon von vornherein immer vorhanden. Vom Vorliegen oder Wegfall des in der Erfüllung des Schuldverhältnisses zu erblickenden Rechtsgrundes der Bereicherung des Besitzers hängt allein noch ab, ob der Anspruch gegen ihn schon fällig und damit auch durchsetzbar ist[528].

---

528) Auch hier (vgl. oben zu Note 495) hat der Gläubiger des Rückabwicklungsanspruchs nicht nur mit der Rechtsgrundlosigkeit der Bereicherung des Schuldners den Entstehungsgrund seines Anspruchs darzutun. Er muß vielmehr auch selbst die diesem Anspruch entgegenstehende "rechtshemmende Einrede" ausräumen, daß die Bereicherung des Schuldners durch die Erfüllung des Schuldverhältnisses gerechtfertigt ist. So kann sich der Vermieter oder Verpfänder nicht damit begnügen, daß er offenlegt, er habe als Eigentümer das Grundstück dem Mieter als neuem Besitzer übergeben bzw. er habe die ihm gehörige Pfandsache dem Pfandnehmer ausgehändigt. Er muß vielmehr auch - was insoweit auch ohne bewußten Rückgriff auf die bereicherungsrechtliche Natur der Fragestellung schon immer selbstverständlich war - dartun, daß der Mietvertrag abgelaufen ist bzw. daß die Kreditvereinbarung mit der Rückzahlung der gesicherten Schuld ihre Erledigung gefunden hat. Vgl. auch oben bei Note 272 und 273 sowie Note 501.

Wo hingegen statt eines solchen mit der Ausübungsüberlassung des Rechts ausgelösten Opferanspruchs ein mit seiner Verletzung

Die hier zu behandelnden, mit der Ausübungsüberlassung oder, was dasselbe ist, der Belastung[529] des Eigentumsrechts oder Drittrechts ausgelösten Rückabwicklungsansprüche sind somit aus der Güterzuweisung des betroffenen Sachherrschaftsrechts erwachsene Fortwirkungsansprüche in Gestalt besonderer Opferkondiktion[en] besondere Leistungskondiktionen, sofern die Ausübungsüberlassung wie beispielsweise bei der Vermietung oder Verpfändung rechtsgeschäftlich vollzogen worden ist (§§ 556, 1223 BGB). Besondere sonstige Opferkondiktionen, wo die Ausübungsüberlassung wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag und insbesondere beim Fund kraft Gesetzes eintritt (§§ 677 ff., 681 Satz 2 i.V.m. § 667 Fall 1 BGB; §§ 965 ff., 966 i.V.m. § 695 bzw. §§ 965 ff. i.V.m. §§ 681 Satz 2, 667 Fall 1 BGB[530]) oder wo sie wie bei der Pfändung in der Zwangsvollstreckung oder bei der Leistungsanforderung nach dem Bundesleistungsgesetz auf einen einzelnen Hoheitsakt zurückgeht (§ 804 ZPO i.V.m. § 1223 BGB; § 2 i.V.m. § 18 Abs. 2 BLG). Wie schon die auf eine Veräußerung des Rechts zurückzuführenden besonderen Opferkondiktionen, denen man sie zur Seite zu stellen hat, sind auch die mit einer Ausübungsüberlassung des Rechts entstehenden besonderen Opferkondiktionen als Ansprüche zu betrachten, die man im Hinblick auf ihre historische Entwicklung, aber auch mit dem Ziel einer Verschärfung der Haftung aus dem Mutterboden der Opferkondiktion in § 812 Abs. 1 BGB herausgelöst hat. Oder noch genauer, auch sie sind besondere Ausprägungen der condictio ob causam finitam nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB, welche die allgemeine Opferkondiktion unter dem Gesichtspunkt der Spezialität verdrängen und sich gegebenenfalls auch über die im Gesetz ausdrücklich angeführten Fälle hinaus analog weiter ergänzen lassen[531].

---

ausgelöster Eingriffsanspruch geltend gemacht wird, kommt eine Rechtfertigung der rechtsgrundlosen Bereicherung des Herausgabeschuldners niemals in Frage. Der bestohlene Eigentümer braucht darum nicht mehr darzulegen, als daß er die Herrschaftsmacht über seine Sache an den Dieb verloren hat. Darüber schon oben zu Note 497 bis 499.

529) Dazu insbesondere oben bei Note 363/4.

530) Dies je nachdem, ob man auf die Verwahrungspflicht des Finders oder schon darauf abstellt, daß der Fund einen Sonderfall der Geschäftsführung ohne Auftrag bildet.

531) Dabei braucht man, sofern sich eine solche Analogie nicht wie beispielsweise beim Fund (vorige Note) unmittelbar anbietet, die Dinge nicht pressen. Statt dessen kann man immer auf die allgemeine Opferkondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB zurückgehen, was im Hinblick auf § 820 Abs. 1 Satz 2 BGB zum gleichen Ergebnis führt; oben zu Note 510. Darüber, daß § 812 Abs. 1 BGB in der Systematik des Gesetzes auch über die Leistungskondiktion hinaus der Mutterboden aller Opferkondiktionen bildet, oben zu Note 500.

. Wie schon hervorgehoben, glaubt man die Wurzel dieser Rechtsfortwirkungsansprüche herkömmlicherweise statt in einem subjektiven Recht in einem vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnis zu finden. Darum kommt es gerade auch hier wieder besonders darauf an, den einzelnen Rückabwicklungsanspruch auf der einen und das Schuldverhältnis samt dem Fragenbereich des Geschäftszwecks auf der anderen Seite klar auseinanderzuhalten.

a) Es ist also sachlich noch nichts gewonnen, wenn man, und dies mit Recht, auch bei der Leihe und der Verwahrung die Realvertragslehre hinter sich läßt[532], dafür nun aber den Rückabwicklungsanspruch nach § 604 bzw. §695 BGB auf den in der Tat rein konsensualen Abschluß des Verpflichtungsvertrags zurückführt. Und auch nicht erst mit seiner ex nunc wirkenden Auflösung vermag das Schuldverhältnis den Rückabwicklungsanspruch zu erzeugen[533]. Entsprechend erfolglos muß etwa auch der Versuch bleiben, den Herausgabeanspruch des Vermieters nach § 556 BGB aus dem vertraglichen Schuldverhältnis mit dem Mieter oder den Herausgabeanspruch des Verpfänders nach § 1223 BGB aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis mit dem Pfandgläubiger abzuleiten.[534]

Der Geschäftszweck oder sonstige Geltungsgrund eines hier in Betracht kommenden Schuldverhältnisses erschöpft sich vollständig in der auf begrenzte Dauer berechneten Ausübungsüberlassung des Sachherrschaftsrechts des Eigentümers oder eines persönlich oder dinglich besitzberechtigten Dritten zu wiederum nur persönlichem oder aber dinglichem Besitzrecht des neuen Besitzers. Die spätere Rückabwicklung dagegen ist nicht Inhalt der Schuld[535]. Statt mit der Begründung oder Auflösung des Schuldverhältnisses aus dem Schuld-

---

532) Darüber wieder oben zu Note 184 bis 186; vgl. zu Note 502.
533) So beispielsweise Larenz, Schuldrecht I § 6 I (70); oben Note 505.
534) Die herrschende Vorstellung dürfte sein, daß diese Ansprüche aus dem mit Wirkung ex nun in ein "Rückabwicklungsverhältnis" umgeschlagenen Schuldverhältnis hervor- und damit letztlich auf den Vertragsschluß unter den Beteiligten zurückgehen. Vgl. für den Rückabwicklungsanspruch beim Rücktritt oben zu Note 508.
535) So schon oben zu Note 237 und Note 503.

verhältnis geht der Rückabwicklungsanspruch vielmehr erst und schon mit der Übergabe der Sache aus dem Eigentumsrecht oder dem Drittrecht hervor. Damit ist der richtige Gedanke der Realvertragslehre berücksichtigt, daß es vor dieser Übergabe keinen Rückabwicklungsanspruch geben kann[536], ohne daß die Leihe oder die Verwahrung andere denn als reine Konsensualverträge aufzufassen wären oder gar auch die Miete oder die Verpfändung mit dem Realvertragsgedanken in Verbindung gebracht werden müßten. Nur ist der auf die Herausgabe des persönlichen oder dinglichen Besitzrechts des neuen Besitzers gerichtete Herausgabeanspruch durchsetzbar erst, wenn das bei der Übergabe zugrunde gelegte und mit ihr in Vollzug gesetzte Schuldverhältnis, also der Leih-, Verwahrungs- oder Mietvertrag oder die Sicherungsabrede, später aufgelöst worden und damit nun nicht mehr erfüllt ist[537]. Dabei geht die Bestimmung des § 1223 BGB davon aus, daß dies hinsichtlich der Sicherungsabrede mit dem Erlöschen des Pfandrechts der Fall ist, womit jetzt der Besitzer ein nicht länger dingliches, sondern fortan nur noch persönliches Recht zum Besitz herauszugeben hat. Entsprechendes muß beim Erlöschen sonstiger dinglicher Besitzrechte für das zugrunde liegende Schuldverhältnis gelten, was etwa für den Anspruch nach § 1055 BGB praktisch wird.

Nur wenn man auf diese Weise die Begründung und die Durchführung des später wieder aufgelösten Schuldverhältnisses eindeutig voneinander scheidet, tritt die bereicherungsrechtliche Natur der Fragestellung überhaupt klar zutage: Die rechtsgrundlose, bislang aber noch gerechtfertigte Bereicherung des Besitzers um das Recht zum Besitz ist mit der Auflösung des Schuldverhältnisses zur ungerechtfertigten Bereicherung geworden. Daher kann der Besitzer jetzt auch dem gegen ihn gerichteten Herausgabeanspruch nicht mehr die Einrede entgegensetzen, der Anspruch sei noch nicht fällig.

---

536) Oben zu Note 235 und Note 504.

537) Larenz (oben Note 533) sagt zwar, der Rückabwicklungsanspruch werde aus dem rein konsensual zustandegekommenen Schuldverhältnis und erst mit dessen Auflösung begründet. Er schränkt dies aber zugleich wieder dahin ein, daß der Anspruch nur entstehe, wenn zuvor die Hingabe der Sache erfolgt sei. Klarheit schafft hier nur die Einsicht, daß der Anspruch aus dem mit der Übergabe der Sache zur Ausübung überlassenen Sachherrschaftsrecht hervorgeht und erst nach der Auflösung des Schuldverhältnisses auch erzwungen werden kann. Vgl. oben Note 506.

b) Wiederum mit diesem Standpunkt nicht zu vereinbaren ist freilich, daß Rechtsprechung und Schrifttum heuteentschieden dazu, gerade auch im Rückabwicklungsanspruch eine Bestätigung des Schuldverhältnisses als eines umfassenden Organismus zu sehen. Wenn wir uns damit auch hier noch einmal ausdrücklich auseinanderzusetzen haben[538], so wegen der Begründung, auf die Raiser[539] seine in der Nachfolge Sibers[540] aufgestellte und wenigstens in ihrer Zielrichtung heute im Vordringen befindliche These[541] von der "Subsidiarität" der Vindikation gegenüber den "vertraglichen" oder "gesetzlichen" besonderen Rückabwicklungsansprüchen[542] stützt: Der Eigentümer müsse, wie bereits dargestellt[543], die Bindung, welche ihm das mit der Übergabe der Sache in Vollzug gesetzte vertragliche oder gesetzliche Schuldverhältnis auferlege, auch dann noch weiter durchhalten, wenn das Schuldverhältnis mit Wirkung ex nunc wieder aufgelöst worden sei. Daher stehe ihm gegen den Besitzer nach wie vor nicht die Vindikation, sondern nur der Rückabwicklungsanspruch zu, der in dem nunmehr in ein "Rückabwicklungsverhältnis" umgeschlagenen Schuldverhältnis gründen soll. Hierher wird[544] mit der heut-e wohl schon herrschenden Ansicht[545] neben den Ansprüchen nach §§ 556, 581 Abs. 2, 604, 695, 1055, 1223 BGB auch der Anspruch nach § 346 BGB gerechnet[546], während die noch keineswegs überwundene Gegenauffassung weder eine solche Vorstellung von der Grundlage dieses Anspruchs teilt noch darauf verzichten will, dem Rücktritt rückwirkende Kraft beizumessen[547].

538) Darüber schon oben bei Note 238 bis 240 sowie zuletzt bei Note 507.

539) Festschr. Wolff 123 ff.; JZ 1958, 681 ff. und 1961, 529 ff. Wolff-Raiser, Sachenrecht §§ 84 und 85. Im einzelnen oben zu Note 325 bis 332.

540) Rechtszwang 125 ff.; Passivlegitimation 227 ff.; JhJ 89, 1 ff. Im einzelnen oben zu Note 318 bis 323.

541) Nachweise oben Note 338.

542) So vor allem JZ 1961, 529 ff.; oben Note 332.

543) Dazu im einzelnen oben bei Note 328 bis 330 und Note 341.

544) Festschr. Wolff 140; JZ 1958, 684; JZ 1961, 531; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 I 2; oben Note 341 und 508.

545) Nachweise oben Note 508.

546) Zur Gleichbehandlung aller dieser verschiedenen Ansprüche untereinander schon oben Note 533/4.

547) Nachweise oben Note 509.

Damit kommt man gewiß zum richtigen Ergebnis. Aber seine hier gegebene Begründung hat nicht umsonst kaum Widerhall gefunden[548]. Sie trägt zumindest dann nicht mehr, wenn man nicht nur das dingliche, sondern auch das persönliche Recht des Besitzers zum Besitz als ein aus dem Sachherrschaftsrecht des Eigentümers herausgespaltenes und von dem unter den Beteiligten zugrunde gelegten Schuldverhältnis unabhängiges Herrschaftsrecht an der gleichen Sache bestimmt hat. Dann kann vielmehr ebenso wie die Vindiktion auch der besondere Rückabwicklungsanspruch nur auf das Eigentumsrecht zurückgeführt werden. Nicht ein vermeintlich in ein "Rückabwicklungsverhältnis" umgeschlagenes Schuldverhältnis ist es, das den Eigentümer binden würde und ihm statt der Vindikation nur einen aus dem Schuldverhältnis hervorgegangenen Rückabwicklungsanspruch übrig ließe. Die "vertraglichen" oder "gesetzlichen" Rückabwicklungsansprüche nach Art der §§ 346, 556, 581 Abs. 2, 604, 695, 1055, 1223 BGB sind besondere Leistungskondiktionen und als solche gleichfalls Rechtsfortwirkungsansprüche aus dem Eigentum. Damit stehen sie - und allein darauf kommt es an - zu der in der Vindikation nach § 985 BGB gelegenen besonderen Eingriffskondiktion aus dem Eigentum in einem von der gegensätzlichen Funktion der jeweiligen Haftung bedingten Verhältnis beiderseitiger Ausschließlichkeit. Nur läßt sich die besondere Opferkondiktion erst mit der Auflösung des Schuldverhältnisses, das mit dem Opfer zunächst in Vollzug gesetzt worden war, auch durchsetzen. Dabei wiederum ist gleichgültig, ob diese Auflösung wie beim Rücktritt vom Kauf unwirksam oder noch nicht wirksam übereigneter Ware - was wir darüber hinaus gleichfalls früher schon festgestellt haben[549] - rückwirkende Kraft entfaltet, oder aber, ob sie wie bei der Kündigung eines Mietvertrages oder beim Erlöschen eines befristeten Nießbrauchs nur für die Zukunft wirksam wird.

Nicht also mit einer "Subsidiarität" der Vindikationshaftung hinter der Haftung mit dem "vertraglichen" oder "gesetzlichen" Rück-

548) In der Begründung wie Raiser wenigstens dem Ansatz nach auch Münich 55 ff., insbes. 63. Vgl. auch Diederichsen, Recht zum Besitz 87 ff.

549) So für den Rückabwicklungsanspruch beim Rücktritt oben bei Note 509.

Abwicklungsanspruch ist das zur Erörterung stehende Ergebnis zu erklären. Es geht vielmehr um die Alternativität von Eingriffsschutz des verletzten und Opfersicherung des durch Ausübungsüberlassung übertragenen Eigentumsrechts. Beide Formen des Drittschutzes des Rechts stehen einander selbständig gegenüber.

c) Der systematische Standort der hier diskutierten speziellen Rückabwicklungsansprüche als besonderer Opferkondiktion wird vom Gesetz wieder unterstrichen: Wären nämlich nicht eigens diese besonderen Ansprüche vorgesehen, hätte man überall auf die allgemeine Vorschrift des § 812 Abs. 1 Satz 2 Fall 1 BGB zurückzugreifen. Das aber würde unter Berücksichtigung von § 820 Abs. 1 Satz 2 BGB haftungsmäßig zu demselben Resultat führen[550]. Davon abgesehen gibt die Abschichtung des besonderen Rückabwicklungsanspruchs vom Schuldverhältnis auch hier zu zwei weiteren Bemerkungen Anlaß.

Zum einen, was freilich an sich schon hinlänglich klargestellt sein sollte[551], daß damit der Betrachtung des Schuldverhältnisses als eines umfassenden Organismus dort kein Eintrag geschieht, wo sie wirklich geboten ist. Auch wenn man nicht der Fehlvorstellung nachgibt, das Schuldverhältnis schlage mit seiner Auflösung in ein "Rückabwicklungsverhältnis" um, ist man nicht genötigt, seine Behandlung als wandlungs- und entwicklungsfähiges Gefüge überhaupt fallen zu lassen. Und dies eben auch unabhängig davon, ob man einer solchen Auflösung, wie beispielsweise beim Rücktritt vom Vorbehaltskauf, rückwirkende Kraft beizulegen hat, oder ob die Auflösung sich, wie etwa bei der Kündigung eines Pachtverhältnisses, nur für die Zukunft auswirkt.

Zum andern: Ist ebenso wie die allgemeine Opferkondiktion auch die besondere Opferkondiktion in ihren verschiedenen Spielarten nicht auf ein Schuldverhältnis, sondern auf das Sachherrschaftsrecht des Eigentümers oder eines Dritten zurückzuführen, kann man auch hier wieder nicht von einer "Subsidiarität der Bereicherungshaftung

550) Oben Note 531 sowie schon oben zu Note 510.

551) Darüber wiederum schon oben bei Note 238 bis 240 sowie zuletzt zu Note 511 bis 514.

gegenüber der Vertragshaftung" sprechen[552]. Was sich hinter dieser angeblichen Subsidiarität verbirgt, ist in Wirklichkeit die Spezialität der besonderen Opferkondiktion, kraft deren die aus derselben Wurzel erwachsende allgemeine Opferkondiktion verdrängt wird[553].

d) Im übrigen folgt aus der aufgezeigten systematischen Stellung der besonderen Opferkondiktionen, daß man ihren Anwendungsbereich streng auf die Sachverhalte der condictio ob causam finitam zu beschränken hat. Dies allein rechtfertigt die von uns schon aufgestellte Behauptung, daß man einen solchen besonderen Opferanspruch immer nur dort annehmen darf, wo mit der Ausübungsüberlassung des Sachherrschaftsrechts ein vollgültiges Schuldverhältnis zunächst einmal tatsächlich in Vollzug gesetzt worden war. Dabei ist gleichgültig, ob es sich wie bei der Miete oder der Verwahrung um eine Überlassung zu persönlichem Recht oder aber wie bei der Bestellung eines Nießbrauchs oder Pfandes um eine Überlassung zu beschränkt dinglichem Recht handelt. Dieselbe Beschränkung des Anwendungsbereichs der besonderen Opferkondiktionen auf die Sachverhalte der condictio ob causam finitam erlaubt auch noch einen weiteren Schluß, der ebenfalls schon angesprochen worden ist. Für die Rückabwicklung einer Ausübungsüberlassung zu beschränkt dinglichem Drittbesitzrecht (§§ 1055, 1223 BGB) ist nämlich davon auszugehen, daß mit dem Erlöschen dieses dinglichen Rechts des Besitzers, also etwa des Nießbrauchs- oder Pfandrechts, zugleich auch das zugrundegelegte Schuldverhältnis aufgelöst wird[554]. Wo es hingegen bei der Einräumung des Drittbesitzrechts von vornherein nicht oder doch noch nicht zur Erfüllung des in Bezug genommenen Schuldverhältnisses gekommen ist, weil es in Wirklichkeit an einem tauglichen Schuldverhältnis fehlt, kann wiederum unabhängig davon, ob es sich um ein

552) Anders jedoch BGHZ 48, 70 (75/6); oben Note 515.

553) Zu der wiederum anderen, jedoch gleichfalls unter dem Stichwort der "Subsidiarität der Bereicherungshaftung hinter der Vertragshaftung" abgehandelten Frage nach dem Verhältnis von Erfüllungs- und Rückabwicklungsanspruch oben bei Note 206 bis 215 und zuletzt Note 516.

554) Statt vom "Erlöschen des dinglichen Rechts" muß man an sich genauer vom Wegfall der Dinglichkeit des als persönliches Recht an der Sache fortbestehenden Rechts sprechen.

persönliches oder beschränkt dingliches Besitzrecht des Dritten handelt, ausschließlich mit der allgemeinen Opferkondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 bzw. Satz 2 Fall 2 BGB gearbeitet werden[555].

3. Von den hier behandelten besonderen Rückabwicklungsansprüchen her betrachtet brauchen die bereits ausführlicher ausgebreiteten, weitreichenden Systemfragen, die sich an das Verhältnis von § 985 und § 986 BGB knüpfen, nicht noch einmal im einzelnen aufgerollt zu werden. Es kommt nur alles darauf an, die Natur dieser Ansprüche, an denen ja die Verdrängung der Vindikation durch den Rückabwicklungsanspruch überhaupt erst "entdeckt" worden ist, als besondere Leistungs- oder besondere sonstige Opferkondiktionen freizulegen: Ansprüche, die gleichfalls als Rechtsfortwirkungsansprüche zu verstehen sind. Ist dies geschehen, lassen sich auch für ihre Stellung gegenüber der Vindikation, ihre Bedeutung für das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im ganzen und die daraus zu ziehenden dogmatischen Folgerungen keine anderen Feststellungen machen, als schon bei der Erörterung der gegen den Besitzer gerichteten allgemeinen Opferkondiktion zu treffen waren.

a) Vergegenwärtigen wir uns, sofern wir diese Fragen nicht soeben ohnehin schon erneut aufgegriffen haben, hier vor allem noch einmal so viel: Die noch immer herrschende Meinung läßt im Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem nach ihrer Definition "nicht mehr berechtigten" Besitzer wie dem gekündigten Mieter oder dem befriedigten Pfandgläubiger die Vindikation und ihre Neben- und Folgeansprüche grundsätzlich wieder voll aufleben[556]. Andererseits

555) Im Ergebnis ändert das mit Rücksicht auf § 820 Abs. 1 BGB nichts; vgl. zuletzt zu Note 550.

556) Grundlegend für die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs BGHZ 34, 122 ff.; vgl. auch schon BGHZ 27, 317 ff. Im neueren Schrifttum: Westermann, Sachenrecht § 30 I 2 und 4; Larenz, Allgemeiner Teil § 20 IV 4 (273) und Schuldrecht II § 49 III e (243 FN. 1); Diederichsen, Recht zum Besitz 153 ff.; Staudinger-Berg, 1 a zu § 9[illegible], 6 vor §§ 987 ff.; RGRK-Johannsen, 3 zu § 985. Ebenso früher vor allem schon Scherk JhJ 67, 359 ff., Raape JhJ 71, 156 ff.; Dietz, Anspruchskonkurrenz 181 ff., 189 ff. Oben Note 336.

ist hier aber auch die Haftung mit einem besonderen, gleichfalls auf Herausgabe gerichteten Rückabwicklungsanspruch gegen den Besitzer in Betracht zu ziehen, der von eigenen Neben- und Folgeansprüchen begleitet wird. Nun geht man von der Voraussetzung aus, daß zwischen diesen beiden Formen der Haftung "aus dem Eigentum" und "aus einem - vertraglichen oder gesetzlichen - Schuldverhältnis" ein grundlegender Unterschied besteht. Die Annahme eines solchen Ursprungsunterschiedes der beiden Haftungsformen aber läßt es an sich unverfänglich erscheinen, den "nicht mehr berechtigten" Besitzer sowohl der "sachenrechtlichen" Vindikation und ihren Begleitansprüchen als auch dem "schuldrechtlichen" Rückabwicklungsanspruch und dessen Begleitansprüchen zu unterwerfen. Was dennoch die Kritik auf den Plan rufen mußte, waren die damit heraufbeschworenen und vor allem von Siber[557] herausgearbeiteten sachlichen Überschneidungen der beiden im einzelnen durchaus nicht gleichförmig ausgestalteten, das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ausfüllenden Haftungsregelungen - Überschneidungen, die schon von Anbeginn auf eine tiefgreifende Unstimmigkeit in der dogmatischen Erfassung dieser Fundamentalbeziehung schließen ließen.

Ein solches uneingeschränktes Nebeneinander von Vindikation und besonderem Rückabwicklungsanspruch sowie von deren jeweiligen Neben- und Folgeansprüchen[558] ist denn auch tatsächlich im Schrifttum nur von einer Minderheit und in der Judikatur ebenfalls nur ganz vereinzelt und ohne eine klare Linie ausdrücklich anerkannt worden[559]. Im übrigen hat es nicht an Vorschlägen gefehlt, die zum Stein des

557) Rechtszwang 128 ff.; Passivlegitimation 233 ff.; JhJ 89, 21 ff., 64 ff.

558) Vergleiche mit dem folgenden den Meinungsstand zum Verhältnis von Vindikation und allgemeiner Bereicherungshaftung sowie von deren Begleitansprüchen oben zu Note 339/40 und 347 bis 354 sowie zu Note 357/8.

559) So im Schrifttum Dietz, Anspruchskonkurrenz 181 ff., 189 ff. und Staudinger-Berg, 1a zu § 985, 6 vor §§ 987 ff. (Note 556). Der Bundesgerichtshof hat die in Übereinstimmung mit der Praxis des Reichsgerichts in BGHZ 34, 122 (123/4, 130) zunächst auf die beiden Herausgabeansprüche beschränkte Konkurrenz in einer kürzlich ergangenen Entscheidung nun doch auch auf die Begleitansprüche erstreckt, freilich ohne sich dabei mit seiner bisherigen Judikatur zu dieser Frage auseinanderzusetzen. So bezüglich der Weiternutzung der herauszugebenden Sache für das Verhältnis von §§ 557, 597 BGB und §§ 987 ff. BGB jetzt BGH NJW 1968, 197.

anstoßes gewordenen und insbesondere in der Beurteilung von Haftungsmaßstab und Verjährung störenden Divergenzen kurzerhand dadurch aus dem Wege zu räumen, daß man, wennschon nicht die Vindikation nach § 985 BGB hinter den ebenfalls auf Herausgabe zielenden Rückabwicklungsanspruch, so doch wenigstens ihre Neben- und Folgeansprüche hinter denjenigen des Rückabwicklungsanspruch zurücktreten läßt. Mit dieser von der herrschenden Lehre verteidigten und auch von der Rechtsprechung unterstützten These vom "Vorrang des Vertragsverhältnisses" vor den Ansprüchen nach §§ 987 ff. BGB[560] für sich allein kuriert man jedoch nur am Symptom. Zudem wird auf solche Weise die Vindikationsregelung durch eine willkürliche Zäsur zwischen dem Hauptanspruch und seinen Begleitansprüchen auseinandergerissen, obwohl diese Haftungsregelung nicht anders als ihr jeweiliges, auf dem einzelnen Rückabwicklungsanspruch aufbauendes Gegenstück einen geschlossenen und in sich sachlich abgestimmten Zusammenhang bildet[561]. Dem entgeht man, wenn man mit Siber[562] und Raiser[563] hier vollends auch schon die Vindikation nach § 985 BGB für unanwendbar erklärt und somit im Verhältnis von Eigentümer

560) Für die Konkurrenz der beiden Herausgabeansprüche und den Ausschluß der Ansprüche nach §§ 987 ff. BGB durch die "Vertragshaftung" bei "nicht mehr berechtigten" Besitz vor allem: Scherk JhJ 67, 366 ff.; Westermann, Sachenrecht §§ 30 I 2 und 4, 31 III 1 a; RGZ 142, 417 (422); BGHZ 34, 122 (123/4, 130). In der Rechtsprechung wird der Ausschluß der Ansprüche nach §§ 987 ff. allerdings nur für den Verwendungsersatz nach §§ 994 ff. klar ausgesprochen; für den Schadensersatz nach §§ 989 ff. ist es über der Problematik des Fremdbesitzerexzesses zu einer entsprechenden Klärung nicht gekommen. Bezüglich des Ausgleichs bei Weiternutzung der Sache hat der Bundesgerichtshof neuestens die §§ 987 ff. sogar wieder neben der Vertragshaftung zugelassen; dazu vorige Note. Für die Konkurrenz der beiden Herausgabeansprüche im besonderen außerdem namentlich auch: Raape JhJ 71, 156 ff.; Larenz, Allgemeiner Teil § 20 IV 4 (273) und Schuldrecht II § 49 III e (243 FN. 1); Diederichsen, Recht zum Besitz 153 ff.; RGRK-Johannsen, 3 zu § 985.

Wenn von gleicher Seite der Grundsatz festgehalten wird, daß bei "nicht mehr berechtigtem" Besitz mit der Vindikation auch deren Begleitansprüche wieder aufleben (zuletzt oben zu Note 556), liegt darin insofern kein Widerspruch, als der Vertragspartner des Besitzers nicht nur der Eigentümer, sondern auch ein Dritter sein kann.

561) Siber, Rechtszwang 121/2, 130; Passivlegitimation 213 ff.; JhJ 89 1 ff., insbes. 21 ff. Raiser, Festschr. Wolff 140; JZ 1957, 683; JZ 1961, 531; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 62 I 1. Münich 23 ff., 73. Oben Note 355.

562) Nachweise oben Note 318 bis 323 und zuletzt Note 540.

563) Nachweise oben Note 325 bis 332 und zuletzt Note 539.

und "nicht mehr berechtigten" Besitzer allein und ausschließlich den Rückabwicklungsanspruch mit seinen Begleitansprüchen maßgeblich sein läßt. Wirklich schlüssig unterlegt ist dieses von wachsender Zustimmung[564] getragene Ergebnis jedoch erst mit dem Befund, den wir hier herauszuarbeiten unternommen haben: Beide in Betracht stehenden Haftungsregelungen nehmen ihren Ausgang von einem Anspruch aus demselben Eigentumsrecht. Ein Ursprungsunterschied der verschiedenen Formen der Haftung besteht also gerade nicht. Wenn hier nur der Rückabwicklungsanspruch gegen den in Wahrheit bis zur Rückgabe der Sache nach wie vor berechtigten Besitzer wie den auch nach der Kündigung wohnen bleibenden Mieter oder den befriedigten Pfandgläubiger zum Zuge kommt, dann deshalb, weil dieser Anspruch die spezifische Funktion einer Opfersicherung hat, die sich mit der funktionell allein auf einen Eingriffsschutz zugeschnittenen Vindikation aus dem gleichen Recht nicht verträgt. Ebenso klar ist allerdings stets auch die Kehrseite dieser Ausschließlichkeit der Haftung im Blick zu behalten: Eingriffsbesitz ist immer nicht berechtigter Besitz und als solcher immer nur der Vindikation als besonderer Eingriffskondiktion unterworfen, niemals aber der in dem Rückabwicklungsanspruch zu sehenden besonderen Leistungskondiktion. Darum kann die eigenmächtige Besitzergreifung auch nie ein Besitzrecht begründen, mag selbst der Eigentümer dem Besitzer kraft eines dahingehenden Schuldverhältnisses zur Überlassung und Belassung der Sachherrschaft verpflichtet sein[565].

Erst auf diese Weise erfährt die Behauptung Sibers ihre erforderliche Präzisierung, daß weitaus in den meisten Fällen die besondere Rückabwicklungshaftung den Umständen des Falles besser gerecht werde als die von solchen Umständen absehende Vindikationshaftung[566]. Denn nun erst zeigt sich die Notwendigkeit, im Eigen-

564) v. Caemmerer, Festschr. Boehmer 154 Fn. 42; Baur, Sachenrecht § 11 B I 2; Fikentscher, Schuldrecht § 102 V 3; Münch 62/3, 74 und öfter; Krause 96 ff.; M. Wolf AcP 166, 210 ff.; Soergel-Siebert-Mühl, 6 vor § 985, 25 zu § 985, 14 vor § 987. Oben Note 338; zuletzt bei Note 511.

565) So schon oben zu Note 342. Dort Nachweise zum Meinungsstand.

566) Oben zu Note 321.

tümer-Besitzer-Verhältnis nach Leistungsfällen - Fällen also, die in der Tat praktisch weit überwiegen - und Eingriffsfällen zu unterscheiden und die einen nur nach den Grundsätzen der Opfersicherung, die anderen allein nach den Grundsätzen des Eingriffsschutzes zu behandeln. Das heißt dann nicht mit dem von diesem ersten großen Kritiker der herrschenden Doktrin jedenfalls ursprünglich noch ganz in den Vordergrund gerückten Gedanken der Anspruchsökonomie[567] den Rückabwicklungsanspruch als "stärkeren" Anspruch gegen die angeblich "schwächere" Vindikation ausspielen. Vielmehr wird jedem dieser beiden Ansprüche samt seinen Begleitansprüchen ausschließlich auf dem ihm nach seiner Funktion zukommenden Feld Geltung verschafft[568]. Diese Felder aber und darum auch die ihnen angepaßten unterschiedlichen Haftungsregelungen überschneiden sich nicht. Die Vindikation richtet sich als besondere Eingriffskondiktion aus dem verletzten Eigentumsrecht auf den nichtberechtigten Besitz. Der spezielle Rückabwicklungsanspruch zielt als eine besondere Leistungskondiktion aus dem zur Ausübung überlassenen und seither nur noch mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentumsrecht auf das unmittelbare Recht zum Besitz. Und eben dadurch gelangt man statt zu einer vollen Konkurrenz von "Vertragshaftung" und Vindikationshaftung oder zu einem "Vorrang der Vertragshaftung" vor den Ansprüchen nach §§ 987 ff. BGB oder mit Raiser[569] zu einer "Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen"[570] wieder zu einer Alternativität von Leistungs- und Eingriffskondiktion, die sich notwendig auch auf deren jeweilige Neben - und Folgeansprüche erstreckt.

Damit lassen sich auch von hier aus die Haftungsverhältnisse im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis klar überschauen: Einen "nicht mehr berechtigten" Besitz gibt es nicht. Der Besitz eines dem Eigentümer gegenüberstehenden Dritten ist stets schon gleich von vornherein und ein für allemal entweder berechtigter oder nichtberechtigter Besitz. Nichtberechtigter Besitz liegt dort vor, wo der Drit-

567) Oben zu Note 318 bis 320.

568) Dazu schon oben bei Note 367.

569) Oben zu Note 332; zuletzt zu Note 542.

570) Dagegen schon oben bei Note 368.

te die Herrschaftsmacht über die Sache in Ermangelung einer Verfügung über das Eigentumsrecht oder auch eines entsprechenden, durch das Gesetz oder einen Hoheitsakt vorgesehenen Opfers eingriffsweise erlangt hat. Dann kommt bis zur Herausgabe der Sache ausschließlich die mit der Zweiung von Eigentum und Besitz entstandene Vindikation mit ihren Begleitansprüchen zur Anwendung. Berechtigter Besitz ist dagegen dort gegeben, wo der Dritte die Sachherrschaft leistungsweise, nämlich durch eine schon in der Übergabe der Sache gelegene Verfügung über das Eigentumsrecht, oder auf Grund eines sonstigen, unmittelbar auf das Gesetz oder auf einen Hoheitsakt zurückgehenden Opfers erlangt hat. Dann regelt sich die Haftung bis zur Rückgabe der Sache ausschließlich mit der ebenfalls mit der Zweiung von Eigentum und Besitz entstandenen Leistungs- oder sonstigen Opferkondiktion und deren Begleitansprüchen[571]. Wenn und solange freilich das dem Opfer zugrunde gelegte Schuldverhältnis noch erfüllt ist, kann der Besitzer dem Eigentümer die Einrede entgegenhalten, der Herausgabeanspruch sei noch nicht fällig[572].

---

571) Wiederum gilt: Wenn der Bundesgerichtshof (BGHZ 34, 122, 131/2) und andere (oben Note 336) die schon einmal eingetretenen Besitzrechtswirkungen sogar rückwirkend wieder beseitigt sehen wollen, ist daran jedenfalls soviel richtig, daß das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis von seiner Begründung bis zu seiner Aufhebung durchgängig nur entweder vom Eingriffsschutz oder aber von der Opfersicherung beherrscht wird. Nur ist diese Alternative hier zugunsten der Opferhaftung zu entscheiden. Dazu schon oben Note 369.

Wo das Besitzrecht des Dritten nicht rechtsgeschäftlich durch Übergabe der Sache begründet wird, sondern unmittelbar auf das Gesetz oder auf einen Hoheitsakt zurückgeht, fällt seine Entstehung oft, wie etwa beim Fund oder bei der Pfändung, gleichfalls mit der Inbesitznahme zusammen. Notwendig ist das aber nicht. Dann hilft das Gesetz, wie beispielsweise beim gesetzlichen Pfandrecht des Gastwirts (§ 704 i.V.m. § 561 Abs. 1 BGB) oder bei dem durch gerichtlichen Hoheitsakt eingesetzten Konkursverwalter (§ 117 Abs.1 KO), mit einer Befugnis zur Inbesitznahme, so daß auch dann verbotene Eigenmacht ausgeschlossen ist.Vgl. oben zu Note 565.

572) Über die im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung weithin bestehende Unsicherheit der Rechtsprechung und Lehre in der Bestimmung von Entstehung bzw. Fälligkeit des jeweiligen Herausgabeanspruchs oben bei Note 302/3 und 357. Wie hier entsprechend schon oben zu Note 370.

Der gelegentlichen, dem heute auch von ihr selbst anerkannten Prinzip widersprechenden Neigung der Rechtsprechung zu Grenzüberschreitungen zwischen der auf nichtberechtigten Besitz zugeschnittenen Vindikationshaftung und der auf berechtigten Besitz gemünz-

b) Wenn Siber im gleichen Zusammenhang[573] seine Folgerungen auch darauf stützt, daß wiederum weitaus in den meisten Fällen der Gläubiger des besonderen Rückabwicklungsanspruchs gegen den Besitzer mit dem Eigentümer identisch sei, ist er im Grunde genommen schon nahe daran, diesen Rückabwicklungsanspruch als das zu erkennen, was er tatsächlich ist: nämlich ebenso wie die Vindikation ein Rechtsfortwirkungsanspruch. Man hat darum seine Feststellung vollends dahin zuzuspitzen, daß diese besondere Opferkondiktion immer nur aus dem Eigentumsrecht oder doch, was freilich auch dann eine wirksame Ausübungsüberlassung erfordert, aus dem persönlichen oder dinglichen Sachherrschaftsrecht eines Dritten hervorgehen kann[574].

Wer gestohlenes Gut ausleiht oder in Verwahrung gibt, oder wer, obschon selbst als Mieter zum Besitz berechtigt, das ihm überlassene Grundstück ohne die Zustimmung des Eigentümers einem anderen zur Untermiete einräumt, hat daher im Gegensatz zur herrschenden Meinung nicht nur nicht die allgemeine Leistungskondiktion[575]. Es steht ihm

---

ten Rückabwicklungshaftung (BGHZ 27, 317, 321; 34, 122, 132) ist nur dann wirksam zu begegnen, wenn man erkannt hat, daß hinter der Unterscheidung von nichtberechtigtem und berechtigtem Besitz zwei einander auf Grund ihrer Funktion als Eingriffsschutz und Opfersicherung streng entgegengesetzte Formen der Haftung stehen. Auch dazu schon eingehender oben Note 370.

573) Oben zu Note 321. Vgl. bei Note 566.

574) Wenn das Gesetz beim Nießbrauch (§ 1055 BGB) von einem Rückgabeanspruch des Eigentümers, beim Pfandrecht (§ 1223 BGB) hingegen von einem Rückgabeanspruch des Verpfänders gegen den Besitzer spricht, so ist das eine nur auf Zufälligkeiten der Entstehungsgeschichte (dazu Siber JhJ 89, 28 FN. 1) beruhende Unterscheidung ohne jedes sachliche Gewicht.

Auszugehen ist zunächst von dem Regelfall, daß wie der Vermieter (§ 556 BGB) oder der Verleiher (§ 604 BGB) auch der Nießbrauchs- oder Pfandrechtsbesteller der Eigentümer der Sache ist. Ist der Besteller ein Dritter, steht der besondere Rückabwicklungsanspruch gegen den Besitzer ebenso wie bei der Untermiete oder Unterleihe immer diesem Zwischenmann zu. Aber auch dann ist nicht nur § 1055 BGB, sondern auch § 1223 BGB außerdem noch ein direkter Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer zu entnehmen, wie er sich in §§ 556 Abs. 3, 604 Abs. 4 BGB findet.

575) Über die Zulassung der allgemeinen Leistungskondiktion in diesen Fällen oben zu Note 420. Vgl. auch schon zu Note 264 bis 267.

vielmehr auch der besondere Rückgabeanspruch nicht zu[576]. Wenn das Reichsgericht[577] einmal ausgesprochen hat, dem Herausgabeanspruch des Verleihers oder Hinterlegers nach § 604 bzw. § 695 BGB könne nicht entgegengehalten werden, daß ein Dritter der Eigentümer der Sache sei, so geht das zu weit. Mit Recht ist dazu gesagt worden, es komme darauf an, ob der Zwischenmann dem neuen Besitzer gegenüber zur Übergabe der Sache befugt war[578]. War dies der Fall, ist allerdings nur ein Opferanspruch des Zwischenmannes gegen den Besitzer gegeben und scheidet die Vindikation des Eigentümers gegen den Besitzer von vornherein aus[579]. Anders jedoch, wenn es daran gefehlt hat. Dann kommt keineswegs sowohl die Vindikation des Eigentümers als auch ein besonderer Rückabwicklungsanspruch des Zwischenmanns gegen den Besitzer zum Zuge, von denen entweder - wie offenbar das Reichsgericht[580] angenommen hat - der Rückabwicklungsanspruch oder aber umgekehrt die Vindikation[581] den Vorzug verdient. Dann vielmehr scheidet ein Rückabwicklungsanspruch des Zwischenmanns gegen den Besitzer von vornherein aus. Denn dann[582] fehlt es überhaupt schon an einer Leistung des Zwischenmanns, weil die in jeder Leistung zu sehende Verfügung über ein Recht hier wegen fehlender Verfügungsmacht unwirksam ist: Es liegt keine Übergabe der Sache und damit keine Ausübungsüberlassung eines Sachherrschaftsrechts vor, die ein neues Besitzrecht und mit diesem auch ein Besitzrechtsmittlungsverhältnis zwischen Dieb und Entleiher oder

576) Für die Gewährung des besonderen Rückabwicklungsanspruchs in diesen Fällen mit der herrschenden Auffassung statt aller: v.Caemmerer, Festschr. Rabel I 349 m.w.Nachw. dort FN.60. Im RG JW 1925, 472 f. m.Anm. Raape sowie bei Raape aaO und Westermann, Sachenrecht § 30 II 1 wird dieselbe Auffassung bereits vorausgesetzt. Vgl. BGHZ 5, 337 ff. und oben zu Note 519.

577) RG aaO.

578) Raape aaO 473.

579) Daß im Falle der Zustimmung des Eigentümers zur Übergabe der Sache vom Zwischenmann an den Besitzer die Vindikation des Eigentümers gegen den Besitzer entfällt, hat gerade Raape erstmals klar herausgearbeitet. Dazu zuletzt oben zu Note 384.

580) RG aaO.

581) Für die Konkurrenz von Vindikation des Eigentümers und Rückabwicklungsanspruch des Zwischenmanns sowie den Vorrang der Vindikation ausdrücklich Raape aaO 473.

582) Zum folgenden schon oben bei Note 419 bis 422. Vgl. auch schon oben zu Note 268 bis 271 sowie zuletzt zu Note 518 bis 525.

Verwahrer bzw. zwischen Untervermieter und Untermieter entstehen ließe. Und auch nur dem Dieb oder nur dem Untervermieter gegenüber ein solches Recht zum Besitz anzunehmen ist nicht möglich[583]. Die Verfügung des Nichtberechtigten muß entweder durch die Zustimmung des Inhabers der Verfügungsmacht oder - was nur für den Erwerb eines dinglichen Besitzrechts in Frage kommt - durch den Schutz des guten Glaubens des neuen Besitzers gedeckt sein. Wo sie dies nicht ist, ist statt einer Leistung nur ein Eingriff in das Recht des Eigentümers bzw. des mittelbar zum Besitz berechtigten Eigentümers und des nach wie vor unmittelbar besitzberechtigten Zwischenmanns gegeben. Demgemäß ist hier der Entleiher oder Verwahrer statt einer Opferkondiktion des Diebes nach §§ 604 oder 695 BGB nur der Vindikation des Eigentümers nach § 985 BGB unterworfen, der Untermieter statt einer Opferkondiktion des Untervermieters nach § 556 BGB der Vindikation des Eigentümers nach § 985 BGB und einer dieser entsprechenden und mit ihr inhaltlich übereinstimmenden Eingriffskondiktion des Untervermieters analog § 985 BGB ausgesetzt. Unter diesen Voraussetzungen kommt, wie wieder hinzuzufügen ist, auch ein schutzwürdiger Besitzer, der die Sache dem Zwischenmann zurückgegeben hat, keineswegs in Schwierigkeiten. Konnte er nicht wissen, daß er es nicht mit dem Eigentümer der Sache zu tun gehabt hatte, wird er dennoch von seiner Haftung frei: Auch sofern er nicht einfach mit der Herausgabe an den Zwischenmann dessen Eingriffskondiktion und schon auf diese Weise zugleich die auf dasselbe Ziel gerichtete Vindikation des Eigentümers befriedigt hat, trifft das Gesetz zu seiner Entlastung eigene Vorkehrungen[584].

---

583) Dazu schon oben zu Note 415 und 416.

584) § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB. Vgl. zuletzt zu Note 523.
Eine andere Frage ist, ob in dem in RG JW 1925, 472 f. entschiedenen Fall - was nicht klar zu ersehen ist - der Zwischenmann tatsächlich im Zeitpunkt der Übergabe der Sache nicht etwa selbst noch deren Eigentümer war und das Eigentum erst später veräußert hatte. Dann wäre nach den Grundsätzen des "Sukzessionsschutzes" zu entscheiden gewesen: Mit dem Übergang des mittelbar zum Besitz berechtigenden Eigentums wäre auch die besondere (und die Vindikation verdrängende) Leistungskondiktion nach § 604 bzw. § 695 BGB auf den Erwerber übergegangen. Der Erwerber hätte diesen Anspruch dann auch seinerseits erst mit der Auflösung des Leih- oder Verwahrungsvertrages durchsetzen können.

Auch insoweit bleibt es also wiederum bei der strengen Alternativität von Eingriffsschutz mit der Vindikation und einer sonstigen Eingriffskondiktion und Opfersicherung mit der Leistungskondiktion. Auf ein den Zwischenmann mit dem Besitzer verbindendes Schuldverhältnis kommt es dabei nicht an. Mit gestohlenem Gut oder doch mit fremdem Eigentum, über das wie im Falle der Untervermietung ohne die nach §§ 549, 185 BGB erforderliche Erlaubnis trotz eines eigenen Rechts an der Sache nicht wirksam verfügt wird, läßt sich dieses Schuldverhältnis überhaupt nicht in Vollzug setzen[585].

Auch hier[586] ist noch einmal besonders darauf aufmerksam zu machen, daß man dieses Ergebnis nicht auf den Nenner bringen kann, die Vindikation sei als "dinglicher" Anspruch stärker als der "persönliche" besondere Rückabwicklungsanspruch. Gewiß ist das für Fälle der hier behandelten Art in Rechtsprechung[587] und Schrifttum[588] behauptet worden. Und doch hat man in der Judikatur[589] für dieselben Fälle wenigstens implizit und in der Literatur[590] bei der grundsätzlichen Kritik des Anwendungsbereichs der Vindikation sogar ausdrücklich auch genau das Gegenteil vertreten. Hier wie dort geht die diesen gegensätzlichen Behauptungen zugrunde liegende und in einem strengen Entweder-Oder zu entscheidende Sachfrage dahin, ob nach Lage des Falles der Eingriffsschutz mit der Vindikation oder aber die Opfersicherung mit dem Rückabwicklungsanspruch einschlägig ist. Und auch für sich allein gesehen ist die Unterscheidung von "dinglichem" und "persönlichen" oder auch "sachenrechtlichen" und "schuldrechtlichen" Ansprüchen als irreführend zu

---

585) Dementsprechend setzt hier dann auch beispielsweise bei der Untermiete eine gerade als Haftung wegen Nichterfüllung ausgebildete Rechtsmängelhaftung ein: § 541 i.V.m. § 538 BGB; oben Note 422. Vgl. schon oben zu Note 270 und zuletzt zu Note 525.

586) Zum folgenden bereits oben bei Note 526/7.

587) BGHZ 5, 337 (340); oben zu Note 522.

588) Raape JW 1925, 473; oben Note 581.

589) RG JW 1925, 472 f.; oben zu Note 580.

590) So die These von Siber; oben zu Note 318 bis 323. Zum gleichen Ergebnis führt auch die Behauptung Raisers von der "Subsidiarität" der Vindikation; oben zu Note 332. Vgl. oben zu Note 526.

vermeiden. Ebenso wie die Vindikation des Eigentümers gegen den Dieb nach § 985 BGB ist im Besitzrechtsmittlungsverhältnis zwischen Eigentümer und Vorbehaltskäufer oder Eigentümer und Mieter die gleichfalls auf Herausgabe gerichtete besondere Opferkondiktion des - den § 346 BGB ersetzenden - § 1 AbzG bzw. des § 556 BGB ein Ausfluß des fortbestehenden Eigentumsrechts. Wenn man dem Herkommen gemäß diese Ansprüche als "persönliche" Ansprüche bezeichnet und die Qualifikation als "dinglich" nur der Vindikation vorbehält, erweckt man Vorstellungen von einem Unterschied, der jedenfalls insoweit tatsächlich gar nicht vorhanden ist[591].

c) Wenn man heute allgemein den Anwendungsbereich der Vindikationsvorschriften danach bemißt, daß der Besitzer nicht im Sinne von § 986 BGB zum Besitz berechtigt ist[592], so lassen sich, wie wir sehen, die hiernach[593] hinter dem Verhältnis von § 985 und § 986 BGB zu suchenden und mit der sogenannten Einwendungstheorie nur angedeuteten, aber nicht offengelegten Systemzusammenhänge auch insoweit allein mit der Alternativität von Eingriffsschutz und Opfersicherung entschlüsseln, als man von den besonderen Rückabwicklungsansprüchen herkommt. Nicht das Recht des Besitzers zum Besitz, sondern der auf dieses Recht gerichtete Opferanspruch aus dem Eigentums-

591) Darüber hinaus verbindet sich mit der Behauptung der "Dinglichkeit" der Vindikation auch die Vorstellung, daß der Eigentümer mit diesem Anspruch die abhandengekommene Sache überallhin verfolgen kann. In der Tat steht ihm, wenn das gestohlene Gut später von Hand zu Hand wandert, die Vindikation aus dem verletzten Eigentum auch gegen jeden neuen Besitzer zu; denn immer ist dann ein rechtsgrundloser Zustand gegeben. Aber der dahinter vermutete dogmatische Fundamentalunterschied gegenüber dem "persönlichen" Rückabwicklungsanspruch besteht doch nur scheinbar. Wem auch immer der Eigentümer sein Recht zur Ausübung überläßt, gegenüber einem jeden solchen nur denkbaren neuen Besitzer ist die gleichfalls aus dem Eigentum hervorgehende und an Zustandsunrecht anknüpfende, allgemeine oder besondere Leistungskondiktion im Besitzrechtsmittlungsverhältnis gegeben. Die Frage ist also in Wirklichkeit immer nur, wie weit jeweils die Verletzung und die Übertragung des Eigentumsrechts reichen. Überträgt hingegen ein besitzberechtigter Dritter wie der Mieter oder Pfandgläubiger sein Recht an der Sache durch deren wirksame Übergabe einem anderen, wird damit das Recht des Eigentümers an derselben Sache weder verletzt noch übertragen.

592) Oben zu Note 333 bis 335.

593) Gegen Siber (oben zu Note 323 und 359/60) und mit Raiser (oben zu Note 326 und 361) und der herrschenden Auffassung (oben zu Note 333/335 und 362).

recht schließt die Vindikation aus. Diesem Opferanspruch des Eigentümers steht seinerseits keine Einwendung, sondern je nachdem eine Einrede entgegen, ob der Besitzer um den berechtigten Besitz gerechtfertigt oder ungerechtfertigt bereichert ist[594]. Umgekehrt zeigt sich damit zugleich aber auch, daß es inkonsequent ist, solche besonderen Opferkondiktionen wie vor allem also die Ansprüche nach §§ 346, 556, 581 Abs. 2, 604, 695, 1055, 1223 BGB die Vindikation nach § 985 BGB verdrängen zu lassen, ohne auch und erst recht schon der allgemeinen Opferkondiktion nach § 812 Abs.1 Satz 1 Fall 1 und Satz 2 BGB dieselbe Wirkung zuzubilligen[595].

4. In die Betrachtung der Eigentumsansprüche sind sonach immer auch die speziellen, namentlich in §§ 346, 556, 581 Abs. 2, 604,695, 1055, 1223 BGB niedergelegten Rückabwicklungsansprüche mit einzubeziehen. Denn auch sie sind Rechtsfortwirkungsansprüche in Gestalt besonderer Opferkondiktionen, die dem Eigentumsrecht oder auch dem persönlichen oder dinglichen Besitzrecht eines anderen Schutz gewähren, wenn das Recht einem Dritten in der Form der Überlassung zur Ausübung übertragen wird: Drittschutz des subjektiven Rechts in der Funktion einer Opfersicherung. Solche besonderen Opferkondiktionen aus dem Eigentumsrecht oder sonstigen Besitzrecht

---

594) Den damit erreichten Abstand von der auch den Wortlaut des Gesetzes noch beherrschenden klassischen Doktrin mag folgendes noch einmal verdeutlichen: Für M. Wolff, Festg. Koch 175 ff. ergab sich noch die - von ihm bejahte - Frage, ob man die gegen die Vindikation nach § 985 BGB gerichtete "Einrede des Rechts zum Besitze aus § 986 BGB auch gegenüber den Rückgabeansprüchen aus Schuldverträgen, wie den Ansprüchen des Vermieters, Verleihers, Verpfänders, Hinterlegers, zuzulassen" habe (aaO 175). Für uns hingegen ist das Vorhandensein eines - statt dessen als aus dem Recht des Eigentümers abgeleitetes Sachherrschaftsrecht verstandenen - Rechts des Besitzers zum Besitz schon immer gleichbedeutend damit, daß ein derartiger, auf das Recht zum Besitz gerichteter Rückgabeanspruch gegeben ist, neben dem umgekehrt für die Vindikation von vornherein kein Raum ist. Und nur hinsichtlich dieses Rückgabeanspruchs, der gleichfalls aus dem Eigentum hervorgeht, und nicht gegenüber der Vindikation kommt eine Einrede des Besitzers, die mit dem Besitzrecht selbst nichts zu tun hat, überhaupt in Betracht.

595) Dies insbesondere gegen Raiser; oben zu Note 340. Vgl. andererseits aber etwa Siber (oben zu Note 342) und vor allem auch v. Caemmerer (oben zu Note 344 und 354).

sowie die Vindikation aus dem Eigentumsrecht und die ihr entsprechende Eingriffskondiktion aus dem anderweitigen Besitzrecht schließen einander aus. Rückt man dieses Ergebnis in die Perspektive der Dogmengeschichte, so erreicht man auch insoweit wieder einen Endpunkt der Entwicklung. Das deutsche Recht kannte noch keine Ansprüche aus dem Eigentum, sondern nur aus dem der Fortgabe der Sache zugrunde liegenden Verhältnis und aus besonderen Verlusttatbeständen. Demgegenüber hat das römische Recht in der rei vindicatio eine Klage aus dem Eigentum ausgebildet, die als der Prototyp des "sachenrechtlichen" Herausgabeanspruchs schlechthin auf das geltende Recht überkommen ist. Für uns hat sich nunmehr herausgestellt, daß darüber hinaus auch die sogenannten "schuldrechtlichen" Herausgabeansprüche gegen den Besitzer als Ansprüche aus dem Sachherrschaftsrecht des Eigentümers oder doch aus dem wiederum auf das Eigentum zurückzuführenden Sachherrschaftsrecht eines anderen verstanden werden müssen.

3. Opfersicherung und Eingriffsschutz

Ist auch die Leistungskondiktion als ein Rechtsfortwirkungsanspruch zu erklären, erschließt sich in der Opfersicherung ein bislang noch vernachlässigter, zum Eingriffsschutz alternativer Bereich des Drittschutzes eines subjektiven Rechts, der uns bisher vor allem im Blick auf das Verhältnis von Leistungs- und Eingriffskondiktion beschäftigt hat. Die Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz beherrscht jedoch darüber hinaus das Verhältnis von Opferanspruch und Eingriffsanspruch schlechthin. Solange man demgegenüber mit der herrschenden Auffassung den Drittschutz des subjektiven Rechts schon mit dem Eingriffsschutz allein gleichsetzt, wird man immer wieder der Gefahr erliegen, diesen Eingriffsschutz funktionswidrig zu überdehnen, um mit seiner Hilfe Aufgaben der Opfersicherung zu bewältigen. Das gilt jedenfalls insoweit, als nicht Veräußerung und Verletzung, sondern Ausübungsüberlassung und Ver-

letzung des Rechts einander gegenüberstehen. Und diese in der umstrittenen Handhabung der Vindikationsvorschriften zutage tretenden Schwierigkeiten waren es auch, die uns überhaupt erst dazu gedrängt haben, die Frage nach dem Fundament der Leistungskondiktion grundsätzlich aufzuwerfen. Wie der Eingriffsschutz des Eigentumsrechts und die Vindikationshaftung im besonderen sachgerecht anzuwenden ist, läßt sich nur dann klar bestimmen, wenn man auch die Opfersicherung des Rechts selbständig voll entwickelt und dem Eingriffsschutz gegenüberstellt. Die Auswirkungen dieser Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz des subjektiven Rechts sind im folgenden, wenigstens in ihren wichtigsten Zügen, noch näher zu umreißen.

1. Bei der Veräußerung des Eigentumsrechts steht die zumindest ihren Entstehungsvoraussetzungen nach schon mit der Leistung ausgelöste, allgemeine oder besondere Leistungskondiktion im Gegensatz sowohl zu dem mit einem objektiven Eingriff entstandenen bereicherungsrechtlichen Eingriffsanspruch in Gestalt der Eingriffskondiktion als auch zu den deliktsrechtlichen Eingriffsansprüchen, die einen subjektiven Eingriff voraussetzen.

a) Wenden wir uns zunächst der mit der Veräußerung des Rechts ausgelösten allgemeinen oder etwa für den Rücktritt vom Vertrag vorgesehenen besonderen Leistungskondiktion zu. Bei der Veräußerung durch Übereignung der Sache ist dieser Anspruch auf die Herausgabe der berechtigten Herrschaftsmacht über die Sache, das dem Empfänger zugewendete Eigentumsrecht gerichtet (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, Satz 2; § 346 BGB). Besteht die Veräußerung in einer Verwertung der Sache, zielt der Anspruch auf den Ersatz des Wertes der Sache (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, Satz 2 i.V.m. § 818 Abs. 2 Fall 1; § 346 BGB). Soweit die Opfersicherung auf einem Herausgabeanspruch aufbaut, weitet sie sich darüber hinaus zu einer komplexen Haftungsregelung aus. Das Erscheinungsbild dieser in der Sache elementar sinnfälligen Haftungsregelung kehrt im gesamten Bereich des Drittschutzes eines subjektiven Rechts stereotyp wieder. Seine Darstellung im Gesetz ist

jedoch hier wie auch anderweit alles andere als durchsichtig. Im Gegenteil, gerade seine stereotype Wiederkehr hat den Gesetzgeber zu einer Verweisungstechnik verleitet, die sich kaum noch abenteuerlicher übersteigert denken läßt. Die vielfältigen Windungen und Verschlingungen dieser Verweisungstechnik sollen von uns freilich nicht in alle Einzelheiten hinein verfolgt werden. Um die Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz weiter zu verdeutlichen, können wir uns auf eine Erörterung der Grundzusammenhänge beschränken[596].

Den Ausgangspunkt der Haftungsregelung bildet die auf die Herausgabe der Herrschaftsmacht über die Sache gerichtete Leistungskondiktion des Veräußerers gegen den Erwerber (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 Satz 2; § 346 BGB). Dieser Bereicherungsanspruch knüpft sich an einen rechtsgrundlosen Zustand, nämlich an einen Zustand, welcher der im Eigentumsrecht angelegten und die Veräußerung des Rechts ihrem Zweck nach überdauernden, hier als Güterzuweisung erheblichen Zuweisung widerspricht. Insoweit kann man von einer primären Bereicherungshaftung sprechen.

Wird die Herausgabe nachträglich unmöglich, kann an die Stelle der Herrschaftsmacht über die Sache ein Surrogat treten. Dann ist auch dieses Surrogat mit einem Bereicherungsanspruch zu erstatten, der an einen rechtsgrundlosen, weil immer noch dem Zweck der Güterzuweisung des veräußerten Rechts widersprechenden Zustand ge-

596) Am ausführlichsten hat Siber JhJ 89, 1 ff., insbes. 21 ff. die Typologie solcher Haftungsregelungen dargestellt, mag es dabei auch nur das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Auge gehabt haben. Auf ihn kann hier ein für allemal verwiesen werden. Dies allerdings mit dem Vorbehalt, daß die von Siber durchgängig, insbes. 17 ff. getroffene Unterscheidung von "Auskehrungs-" und "Verschaffungshaftung" nicht anzuerkennen ist.

Nicht erörtert werden im folgenden die Fälle einer Modifikation des jeweiligen Haftungsmaßstabs, gleichviel ob sie, wie beim Schuldner- oder Gläubigerverzug, genereller Natur sind oder ob sie kraft besonderer Vorschrift oder Vereinbarung nur die konkrete Anspruchsbeziehung betreffen. Ebenso müssen die einzelnen Unterschiede der Verjährungs- und Ausschlußfristen, besondere Vorschriften zur Rückbehaltungsbefugnis sowie schließlich auch die Bestimmungen über die Wegnahmebefugnis hier unberücksichtigt bleiben.

knüpft ist (§ 812 i.V. m. § 818 Abs. 1 Fall 2, Abs. 2 Fall 2; § 346 i.V.m. § 281 BGB). Das läßt sich als sekundäre Bereicherungshaftung bezeichnen.

Neben der sekundären Bereicherungshaftung steht eine Sekundärhaftung von deliktischer Natur[597]. Diese Haftung setzt bei einem rechtswidrigen, da dem Zweck der Zuweisung in deren Eigenschaft als Verhaltenszuweisung widersprechenden Verhalten des Herausgabepflichtigen an und beinhaltet einen Schadensersatz. Sie bezieht sich einmal auf einen Schaden wegen Verzugs der Herausgabe, der konkret ausgeworfen wird (§ 812 i.V.m. §§ 818 Abs. 4, 819, 820 Abs. 1, 286; § 346 i.V.m. § 286 BGB), über die Versäumung ordentlicher Nutzungen aber auch abstrakt berechnet werden kann (§ 812 i.V.m. §§ 818 Abs.4, 819, 820 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 2; § 346 i.V.m. §§ 347 Satz 2, 987 Abs. 2 BGB). Zum andern betrifft sie den Schadensersatz wegen nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe (§ 812 i.V.m. §§ 818 Abs. 4, 819, 820 Abs. 1, 292 Abs. 1, 989; § 346 i.V.m. §§ 347 Satz 1, 989 BGB)[598].

Im Rahmen der primären Bereicherungshaftung auf Herausgabe der Sachherrschaft und der sekundären Bereicherungshaftung auf Erstattung eines Surrogats nimmt die Haftung auf die Erstattung gezogener Nutzungen eine Sonderstellung ein (§ 812 i.V.m. § 818 Abs.1 Fall 1 bzw. §§ 818 Abs. 4, 819, 820, 292 Abs. 2, 987 Abs. 1; § 346 i.V.m. §§ 347 Satz 2, 987 Abs. 1 BGB).

Schließlich gehört in die Haftungsregelung auch der gegenläufige Anspruch des Erwerbers gegen den Veräußerer auf den Ersatz von

---

597) Und zwar, ebenso wie primäre Bereicherungs- und primäre Deliktshaftung (oben zu Note 61 bis 64), in Begründungskonkurrenz.

598) Das Gesetz macht in § 989 BGB den Schuldner des Herausgabeanspruchs für einen Schaden verantwortlich, "der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann." Sachlich ist das jedoch dasselbe wie der Schaden wegen verschuldeter "Unmöglichkeit der Leistung" in § 280 BGB.

Verwendungen herein, die auf die Sache gemacht wurden (§ 812 i.V. m. § 818 Abs. 3 bzw. §§ 818 Abs. 4, 819, 820 Abs. 1, 292 Abs. 2, 994 Abs. 2 i.V.m. §§ 683, 684 Satz 2, 670 oder §§ 684 Satz 1, 818 Abs. 3; § 346 i.V.m. §§ 347 Satz 2, 994 Abs. 2 i.V.m. §§ 683, 684 Satz 2, 670 oder §§ 684 Satz 1, 818 Abs. 3 BGB). Der bereicherungsrechtliche Charakter dieser Haftung ist an sich außer Streit[599], bedarf aber noch einer näheren Bestimmung: Die Haftung knüpft an einen rechtsgrundlosen Zustand an. Dieser rechtsgrundlose Zustand besteht in einer Bereicherung des bisherigen Eigentümers, welche dem die Veräußerung überdauernden Zweck der Güterzuweisung des Eigentumsrechts widerspricht. Es handelt sich mit anderen Worten ebenso wie bei den schon angeführten, auf die Erstattung einer Bereicherung oder den Ersatz eines Schadens gerichteten und dem bisherigen Berechtigten zustehenden Fortwirkungsansprüchen der Haftungsregelung um einen in dem veräußerten Recht wurzelnden Anspruch. Nur kehrt sich die normative Wirkung der Güterzuweisung, auf welcher der Anspruch beruht, hier nun gegen den Berechtigten. Auf diese Weise gelangt man zu einem insbesondere mit der Nutzungshaftung funktionell abgestimmten Korrelat der Leistungskondiktion und der übrigen Fortwirkungsansprüche des Veräußerers und sollte deshalb nicht von einer eigenen Anspruchskategorie sprechen[600]. Jedenfalls aber ist es unzutreffend, die Wurzel dieses Anspruchs auf Verwendungsersatz in einem subjektiven Recht desjenigen zu suchen, dessen Gut zu der Ver-

599) Mot. III 412; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 365 ff.; Firsching, Der Verwendungsanspruch des Unternehmers gegen den Eigentümer, AcP 162 (1963) 440 (447/8); Fikentscher, Schuldrecht § 99 V 1 d; Jakobs, Eingriffserwerb 172 ff.; derselbe, Die Begrenzung des Verwendungsersatzes, AcP 167 (1967) 350 (360); Dimopoulos-Vosikis, Elemente 192 ff. M. Wolf, AcP 166, 204/5 meint, es handle sich hier nicht um echte Bereicherungsansprüche, doch sieht auch er "Berührungspunkte mit dem Grundgedanken der ungerechtfertigten Bereicherung".

600) Als einen solchen - der Leistungs- und der Eingriffskondiktion vergleichbaren - besonderen Typus des Bereicherungsanspruchs betrachten den Anspruch auf Verwendungsersatz v. Caemmerer (aaO), Firsching (aaO) und Jakobs AcP 167, 360 sowie dort FN. 27; ähnlich will Fikentscher (aaO) den Anspruch in eine besondere "Auslagenkondiktion" eingeordnet wissen. Im Sinne einer eigenen Anspruchskategorie im übrigen etwa auch M. Wolf (aaO).

Damit wird man dem auf derselben Grundlage wie der Herausgabeanspruch beruhenden, diesem gegenüber jedoch unselbständigen Anspruch auf Verwendungsersatz nicht gerecht. Die gleiche Unselbständigkeit des Anspruchs kommt gerade für die auf der allgemei-

wendung herangezogen worden ist. Der Anspruch auf Verwendungsersatz geht vielmehr ebenso wie der Herausgabeanspruch aus dem Eigentumsrecht desjenigen hervor, zu dessen Gunsten die Verwendung auf die Sache gemacht worden ist[601]. Damit haben wir nun den gesamten Aufriß der Haftungsregelung vor uns[602].

---

nen Leistungskondiktion aufbauende Haftungsregelung besonders deutlich zum Ausdruck: Hier tritt im Regelfall der Anspruch auf Verwendungsersatz selbst überhaupt nicht in Erscheinung (§ 818 Abs. 3 BGB). Und selbst soweit er eigens aufgeführt wird (§§ 818 Abs. 4, 819, 820 Abs. 1 i.V.m. §§ 292 Abs. 2, 994 ff. BGB), kann er, nicht anders als nach fester Rechtsprechung auch im Regelfall (RG HRR 1933 Nr. 997), nur Zug um Zug gegen Befriedigung des Herausgabeanspruchs durchgesetzt werden (§ 1000 BGB).

601) Als wesentlich ist darum noch einmal festzuhalten, daß die Normativität der das subjektive Recht an der Sache konstituierenden Zuweisung der Herrschaftsmacht über die Sache sich auch in ihrer Funktion als Güterzuweisung gegen den Berechtigten wenden kann. Soweit die Zuweisung Verhaltenszuweisung ist, haben wir das früher schon gesehen. Insoweit nämlich, so war darzutun, hat die Zuweisung die Aufgabe, nicht nur den dem Berechtigten gegenüberstehenden Dritten, sondern auch dem Berechtigten ein Verhalten aufzuerlegen, und bezeichnet dann die Pflichtinnenseite des subjektiven Rechts. Die Güterzuweisung hingegen appelliert zwar nicht an das Verhalten irgendwelcher Adressaten, macht aber einen bestimmten Zustand verbindlich, indem sie den Zuweisungsgehalt des Rechts und die aus ihm fließenden Vorteile, freilich auch nur sie, im Verhältnis zu Dritten dem Berechtigten sichert. Führt der Verlust von Zuweisungsgehalt an einen Dritten zu einem Bereicherungsanspruch des Berechtigten, löst umgekehrt ein von der Zuweisung nicht umfaßter Vorteil den im Anspruch auf Verwendungsersatz gelegenen Bereicherungsanspruch eines Dritten gegen den Berechtigten aus.

Dann aber kann auch der umstrittene Begriff der "Verwendung auf eine Sache" nur anhand des Zwecks der Zuweisung, die das Herrschaftsrecht an der Sache entstehen läßt, näher konkretisiert werden. Das ist vor allem für die Frage erheblich, inwieweit eine "aufgedrängte Bereicherung" gerade mit dem Anspruch auf Verwendungsersatz erstattet verlangt werden kann. Hierzu im einzelnen vor allem: BGHZ 41, 157 ff.; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 365 ff.; Klauser, Aufwendungsersatz bei Neubauten und werterhöhenden Verwendungen auf fremdem Grund und Boden, NJW 1965,513 ff.; Schindler, Die aufgedrängte Bereicherung beim Ersatz von Impensen, AcP 165 (1965) 499 ff.; M. Wolf, Die aufgedrängte Bereicherung, JZ 1966, 467 ff.; Jakobs AcP 167, 350 ff.

602) Dabei fällt im Vergleich der auf der allgemeinen Leistungskondiktion aufbauenden Haftungsregelung mit der Vindikationsregelung auf, daß bei den Voraussetzungen für die Haftung auf Schadensersatz, Nutzungserstattung und Verwendungsersatz in § 819 Abs. 1 BGB auf die Kenntnis "des Mangels des rechtlichen Grundes beim Empfang", in § 990 Abs. 1 Satz 1 BGB dagegen auf den bösen Glauben beim Erwerb abgehoben wird, für den auch schon grobfahrlässige Unkenntnis genügt (§ 932 Abs. 2 BGB).

Stellen sämtliche hier behandelten Ansprüche der Opfersicherung, also nicht nur der ursprüngliche Herausgabe- oder Wertersatzanspruch, sondern auch die sich an den Herausgabeanspruch anschließenden weiteren Einzelansprüche einer Haftungsregelung, Ansprüche aus dem veräußerten Eigentumsrecht dar, so erweist es sich als verfehlt, solche Ansprüche selbst unmittelbar mit einem "gesetzlichen" oder sonstwie gearteten Schuldverhältnis in Verbindung zu bringen. Auch im Hinblick auf den Anspruchskomplex der Haftungsregelung im besonderen ist das, hält man Anspruch und Schuldverhältnis dogmatisch nur richtig auseinander, nicht zulässig. Und entgegen der herrschenden Ansicht nötigt hierzu, wie dargelegt, namentlich selbst der gegenläufige, in Wahrheit jedoch gleichfalls aus dem Eigentumsrecht hervorgehende Anspruch auf Verwendungsersatz keineswegs. Damit nicht zu verwechseln ist, daß der ursprüngliche Anspruch und die auf einen Herausgabeanspruch folgenden weiteren Einzelansprüche der Haftungsregelung den Gegenstand eines Forderungsrechts des Veräußerers bzw. des Erwerbers bilden, welches das mit der Veräußerung verlorene Eigentumsrecht ersetzt. Hinter der gerade mit den verschiedenen Ansprüchen einer Haftungsregelung verbundenen Vorstellung von einem als umfassender Organismus ausgebildeten Schuldverhältnis zwischen den Beteiligten verbirgt sich jedoch sachlich ein durchaus richtiger Gedanke: Alle diese Ansprüche haben dieselbe Grundlage. Darum muß die Haftungsregelung, welche auf der auf Herausgabe gerichteten jeweiligen Leistungskondiktion aufbaut, als eine funktionelle Gesamtheit verstanden werden, die nicht willkürlich auseinandergerissen werden darf. Nur ist die fragliche Basis kein Schuldverhältnis, sondern die wenigstens ihrem Zweck nach erhalten gebliebene und in ihrer Normativität zur Geltung kommende Güter- und Verhaltenszuweisung, die im Eigentumsrecht angelegt ist.

Ganz etwas anderes ist das mit der Leistung in Bezug genommene Schuldverhältnis wie etwa der Kaufvertrag, der mit der Veräußerung durchgeführt werden soll. Wenn und solange dieses Schuldverhältnis tatsächlich vollgültig vorhanden und erfüllt ist, wirken sich die Entstehungsvoraussetzungen der Haftungsregelung nicht aus. Wenn dagegen das Schuldverhältnis nicht, nicht mehr oder auch noch nicht erfüllt ist, kommen sie zum Durchbruch und lassen die Haftungsregelung in Erscheinung treten.

b) Demgegenüber werden mit der Verletzung des subjektiven Eigentumsrechts bereicherungs- und deliktsrechtliche Eingriffsansprüche ausgelöst. Bereicherungsrechtlicher Eingriffsanspruch ist bei einer Verletzung durch Entziehung oder Vorenthaltung der Herrschaftsmacht über die Sache die auf Herausgabe der Sachherrschaft gerichtete besondere Eingriffskondiktion (§ 985 BGB), bei der Verletzung durch Verwertung der Sache die auf den Ersatz des Wertes der Sache zielende allgemeine Eingriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 i.V.m. § 818 Abs. 2 Fall 1 BGB). Deliktsrechtlicher Eingriffsanspruch ist vor allem der gewöhnliche Schadensersatzanspruch, der bei der Verletzung durch Entziehung oder Vorenthaltung der Herrschaftsmacht über die Sache mit der Naturalrestitution auch die Herausgabe der Sachherrschaft mit einschließt, bei der Verletzung durch Vernichtung der Sache über den Wertersatz hinaus auf Entschädigung in Geld gerichtet ist (§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 249 oder § 251 BGB). Diesem gewöhnlichen Deliktsanspruch steht als weiterer deliktsrechtlicher Eingriffsanspruch der eigengeartete Anspruch wegen Geschäftsanmaßung zur Seite (§ 687 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 681 Satz 2, 667 Fall 1 oder Fall 2 BGB). Soweit sich damit Herausgabeansprüche ergeben, weitet sich auch der Eingriffsschutz jeweils wieder zur umfassenden Haftungsregelung aus[603].

aa) Von allen derartigen Haftungsregelungen wird die durch uns schon mehrfach berührte, auf der Vindikation aufbauende Haftungsregelung im Gesetz mit den Vorschriften der §§ 985, 987 ff. BGB am ausführlichsten und geschlossensten wiedergegeben. Das entspricht der zentralen Bedeutung, die der Gesetzgeber für den Drittschutz des Eigentumsrechts gerade der Vindikation zugemessen hat. Das vollständige Bild der Vindikationsregelung hat man allerdings auch mit diesen Bestimmungen allein noch nicht vor sich.

Ausgangspunkt der Vindikationsregelung ist die auf die Herausgabe der Sachherrschaft gerichtete Vindikation des Eigentümers ge-

603) Die einzelnen Haftungsregelungen stehen in ihrer Gesamtheit ebenso wie die einzelnen Primäransprüche (oben zu Note 61 bis 64) untereinander in Begründungskonkurrenz. Vgl. auch Note 597.

gen den Besitzer (§ 985 BGB). Dieser Anspruch knüpft sich als besondere Eingriffskondiktion an einen rechtsgrundlosen Zustand. Ein solcher Zustand liegt darin, daß der Besitzer um die Herrschaftsmacht über die Sache bereichert ist. Und rechtsgrundlos ist er, weil er der die Verletzung des Eigentums überdauernden und hier als Güterzuweisung erheblichen, das Eigentumsrecht konstituierenden Zuweisung widerspricht.

Auf diese primäre Bereicherungshaftung mit der Vindikation läßt das Gesetz nicht auch eine Sonderbestimmung für die Erstattung eines Surrogats bei nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe folgen. Hinsichtlich der dann eingreifenden sekundären Bereicherungshaftung, die wiederum an einen rechtsgrundlosen, weil der Güterzuweisung oder wenigstens deren Zweck widersprechenden Zustand anknüpft, ist vielmehr auf die Bestimmungen über die allgemeine Eingriffskondiktion zurückzugreifen (§ 985 - anstelle von § 812 Abs.1 Satz 1 Fall 2 - i.V.m. §§ 816 Abs. 1, 818 Abs. 1 Fall 2, Abs. 2 Fall 2 BGB)[604].

Im übrigen aber wird die Haftungsregelung in einem zusammenhängenden, detailliert durchgebildeten Komplex von Sonderbestimmun-

604) Dieses bei Erfassung der Rechtsnatur der Vindikation als besonderer Eingriffskondiktion systematisch gesehen nur folgerichtige Ergebnis ist heute nicht mehr bestritten. So für § 816 Abs. 1 BGB, und zwar auch dann, wenn die Verfügung des Nichtberechtigten nicht vermöge des guten Glaubens des Erwerbers, sondern kraft der Zustimmung und insbesondere der nachträglichen Genehmigung des Eigentümers wirksam ist: RGZ 115, 31 (34/5); BGH JZ 1961, 24. Für § 818 Abs. 2 im Fall des Verbrauchs der Sache: RGZ 163,348 (353); BGHZ 14, 7 (8).

Nur die mangelnde Einsicht in diesen Zusammenhang hat es zu der umstrittenen und zu Recht heute meist verneinten Frage kommen lassen, ob hier auch der Anspruch nach § 281 BGB herangezogen werden könne; dazu etwa: RGZ 115, 31 (32 ff.),157, 40(44/5); Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 VI 1; Westermann, Sachenrecht § 31 IV 4; Baur, Sachenrecht § 11 C I 3 a; eingehender auch Klapproth, Zur analogen Anwendung von § 281 BGB auf den Eigentumsherausgabeanspruch, MDR 1965, 525 ff. Soweit wirklich eine Vindikationslage vorliegt, ist diese Frage schon falsch gestellt. Von den besonderen Vorschriften der Haftung wegen einer Eingriffsbereicherung nach §§ 985, 987 ff. BGB kann man nur wieder auf die allgemeinen Bestimmungen der bereicherungsrechtlichen Eingriffshaftung in §§ 812 ff. BGB zurückgehen, welche die Erstattung eines Surrogats mit §§ 816 Abs. 1, 818 Abs. 1 und 2 BGB auch vollständig und erschöpfend regeln.

gen dargestellt, die weithin auch das Ziel sonstiger Verweisungen bilden. Um so störender wirkt, daß diese Bestimmungen nicht nur ihrerseits zum Teil wieder auf andere Vorschriften Bezug nehmen, sondern vor allem auch selbst im einzelnen nur schwer zu durchschauen sind und damit alles in allem geradezu ein Musterbild technisch verfehlter Gesetzgebungsarbeit abgeben. Dabei stoßen wir zunächst auch hier wieder auf eine sekundäre Deliktshaftung, die ein rechtswidriges, da der Zuweisung des Eigentumsrechts in ihrer Eigenschaft als Verhaltenszuweisung widersprechendes Verhalten des Besitzers voraussetzt und zum Schadensersatz verpflichtet[605]. Dies ist einmal der Ersatz eines Schadens wegen Verzuges der Herausgabe, der konkret (§ 985 i.V.m. §§ 990, 286 BGB) oder über die Versäumung ordentlicher Nutzungen abstrakt (§ 985 i.V.m. §§ 987 Abs. 2, 990 Abs.1 BGB) erfaßt wird[606]. Zum andern handelt es sich um den Ersatz eines Schadens wegen nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe (§ 985 i.V.m. §§ 989, 990 Abs. 1, 991 Abs. 2 BGB)[607].

Aus der primären Bereicherungshaftung auf Herausgabe der Sachherrschaft und der sekundären Bereicherungshaftung auf Erstattung eines Surrogats herausgenommen und besonders geregelt ist die Haftung auf die Erstattung gezogener Nutzungen (§ 985 i.V.m. §§ 988, 993 Abs. 1 Halbs. 1 [608] bzw. §§ 987 Abs. 1, 990 Abs. 1

605) Sekundäre Bereicherungshaftung und sekundäre Deliktshaftung stehen untereinander wieder in Begründungskonkurrenz; vgl.oben Note 597. Wie stets, gilt das natürlich auch hier nur insoweit, als bei de Ansprüche inhaltlich zur Deckung kommen. Die Geltendmachung der Bereicherungshaftung schließt also die Liquidation eines die zu erstattende Bereicherung überschießenden Schadens nicht aus: BGH JZ 1961, 24.

606) Daran ist bemerkenswert, daß sich dieser Schaden abstrakt dem verklagten und dem unredlichen Besitzer, konkret jedoch nur dem unredlichen Besitzer gegenüber berechnen läßt; § 990 Abs.2 BGB bezieht sich nur auf § 990 Abs. 1 BGB. Die allgemeine Bereicherungshaftung nach §§ 812 ff.BGB kennt eine solche Einschränkung des Ersatzes des konkreten Verzugsschadens nicht; §§ 818 Abs.4, 819 Abs. 1 i.V.m. § 286 BGB .

607) Zum Verhältnis von § 989 BGB zu § 280 BGB oben Note 598.

608) Außerdem ist noch der Sonderfall des § 991 Abs. 1 BGB zu beachten. Die in §§ 988 und 993 Abs. 1 Halbs. 1 BGB genannte Verweisung auf die "Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung" nach §§ 812 ff. BGB ist insofern keine "echte" Verweisung, als die Vindikationsvorschriften eine besondere bereicherungsrechtliche Eingriffshaftung darstellen, hinter der ohnehin wieder die allgemeine bereicherungsrechtliche Eingriffshaftung nach §§ 812 ff. BGB steht. Diese allgemeine Haftung greift, wie wir bei der Surrogation gesehen haben (oben zu Note 604), auch dann ein, wenn es in §§ 985, 987 ff. BGB an einem besonderen Hinweis fehlt.

[illegible]).

Ebenfalls besonders eingehend durchgebildet sind die Vorschriften über den gegenläufigen Anspruch des Besitzers gegen den Eigentümer, mit dem er den Ersatz von auf die Sache gemachten Verwendungen verlangen kann - Vorschriften, in denen die Verweisungstechnik des Gesetzgebers besonders augenfällig wird (§ 985 i.V.m. §§ 994 Abs. 1, 995, 996 bzw. § 994 Abs. 2 i.V.m. §§ 683, 684 Satz 2, 670 oder §§ 684 Satz 1, 818 Abs. 3 BGB). Auch hier ist wieder[610] zu betonen, daß der Anspruch auf Verwendungsersatz ein bereicherungsrechtlicher Anspruch ist, der an einen rechtsgrundlosen Zustand anknüpft. Dieser rechtsgrundlose Zustand besteht in der durch die Verwendung eingetretenen Bereicherung des Eigentümers, welche der die Verletzung überdauernden, im Eigentumsrecht angelegten Güterzuweisung widerspricht: Die sich in ihrer Normativität hier gegen den Eigentümer kehrende Güterzuweisung erzeugt den Anspruch des Besitzers, der damit ebenso wie die dem Eigentümer gegen den Besitzer zustehenden Fortwirkungsansprüche der Haftungsregelung aus dem verletzten Eigentumsrecht hervorgeht[611]. Die Stellung dieses Anspruchs aus dem Eigentumsrecht gegen den Eigentümer als Korrelat der Vindikation und der sonstigen Fortwirkungsansprüche aus dem Recht gegen den Besitzer kommt insbesondere in seiner differenzierten Verzahnung mit dem Nutzungsanspruch deutlich heraus[612].

---

609) Gegenüber der allgemeinen Bereicherungshaftung der §§ 812 ff. BGB ergibt sich damit der wesentliche Unterschied, daß hier der redliche und unverklagte Besitzer bei entgeltlichem Erwerb nur übermaßfrüchte herauszugeben hat. Nach § 818 Abs.1 bzw. §§ 818 Abs.4, 819 Abs.1, 292 Abs.2, 987 Abs.1 BGB hat der Schuldner die Nutzungen im Grundsatz unabhängig davon zu ziehen, ob er redlich oder verklagt war und ob er entgeltlich oder unentgeltlich erworben hatte

610) Zum folgenden schon oben bei Note 599 bis 601.

611) Beides, daß der Anspruch auf Verwendungsersatz an einen rechtsgrundlosen Zustand anknüpft und daß er aus dem Eigentumsrecht hervorgeht, läßt das Gesetz in § 999 BGB besonders anschaulich in Erscheinung treten: Der Eigentümer muß dem jetzigen Besitzer auch die Verwendungen ersetzen, die schon der Vorbesitzer von ihr hätte ersetzt verlangen können (Abs.1), und er muß dem Besitzer auch für solche Verwendungen aufkommen, welche in die Zeit seines Vorgängers im Eigentum fallen (Abs. 2).

612) So § 994 Abs. 1 Satz 2, 995 Satz 2 [illegible], die in den Bestimmungen der allgemeinen Bereicherungshaftung nach §§ 812 ff. BGB wiederum ein Gegenstück haben.

Wie schon gesagt, gibt das Gesetz von allen vergleichbaren Haftungsregelungen des Drittschutzes des Eigentumsrechts die Vindikationsregelung noch am vollständigsten im Zusammenhang wieder[613]. Und eben darum steht gerade die Vindikationsregelung auch im Mittelpunkt der gesetzlichen Verweisungen, welche die Darstellung der verschiedenen Haftungsregelungen durchziehen.

bb) Demgegenüber bleiben die neben der Vindikationsregelung stehenden und wieder nach demselben Prinzip aufgebauten deliktsrechtlichen Haftungsregelungen im Gesetz fast völlig verdeckt. Das entspricht ihrer geringen praktischen Bedeutung. Grundsätzlich nachweisbar sind aber auch sie.

Auf den an ein rechtswidriges Verhalten des Besitzers anknüpfenden, gewöhnlichen deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Herrschaftsmacht über die Sache (§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 249 BGB), der eine primäre Deliktshaftung gewährleistet, folgt die einen rechtsgrundlosen Zustand voraussetzende sekundäre Bereicherungshaftung auf Erstattung eines Surrogats bei nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe (§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 281 BGB). Neben dieser steht aber auch wieder eine sekundäre Deliktshaftung, die bei einem erneuten rechtswidrigen Verhalten des Besitzers ansetzt und auf den Ersatz eines konkreten oder abstrakten Schadens wegen Verzuges der Herausgabe (§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 286; § 823 Abs. 1 i.V.m. §§ 292 Abs. 2, 987 Abs. 2 BGB) oder eines Schadens wegen nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe (§ 823 Abs. 1 i.V.m. § 280 BGB)

613) Vergleicht man die für die Vindikationsregelung in §§ 985, 987 ff. BGB vorgesehenen bereicherungsrechtlichen Sondervorschriften mit den generellen Bestimmungen der §§ 812 ff. BGB, die für die Haftung mit der allgemeinen Leistungskondiktion einschlägig sind, so fällt auf, daß hier bei den Voraussetzungen für den Schadensersatz, die Erstattung von Nutzungen und den Verwendungsersatz zwar gleichfalls auf die Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs und die Unredlichkeit des Schuldners, jedoch im Gegensatz zu §§ 819 Abs. 2 und 820 Abs. 1 BGB scheinbar nicht oder jedenfalls nicht ausdrücklich auch auf die Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit des Empfanges und die Vorhersehbarkeit der Pflicht zur Herausgabe abgestellt wird.

gerichtet ist. Gewiß wird die sekundäre Bereicherungs- und Deliktshaftung in aller Regel praktisch bereits in der Haftung für den Folgeschaden aufgehen, der schon mit der primären Deliktshaftung zu liquidieren ist. Und auch hinsichtlich der Haftung auf die Erstattung gezogener Nutzungen liegt es, soweit sie neben der primären Delikts- und der sekundären Bereicherungshaftung überhaupt selbständig erfaßt wird (§ 823 Abs. 1 i.V.m. §§ 292 Abs. 2, 987 Abs. 1 BGB), nicht anders. Eher bedeutsam mag dagegen wieder der bereicherungsrechtliche, an einen rechtsgrundlosen Zustand anknüpfende Anspruch des Besitzers auf den Ersatz von Verwendungen auf die Sache werden (§ 823 Abs. 1 i.V.m. §§ 850, 994 Abs. 2 i.V.m. §§ 683, 684 Satz 2, 670 oder §§ 684 Satz 1, 818 Abs. 3 BGB), der ebenfalls aus dem Eigentumsrecht hervorgeht und gegen den Eigentümer gerichtet ist.

An die primäre Deliktshaftung mit dem eigengearteten deliktsrechtlichen Anspruch des Eigentümers wegen Geschäftsanmaßung, der ein rechtswidriges Verhalten des Besitzers zur Voraussetzung hat und auf die Herausgabe der Herrschaftsmacht über die Sache gerichtet ist (§ 687 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 681 Satz 2, 667 Fall 1), schließt sich bei nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe die an einen rechtsgrundlosen Zustand geknüpfte sekundäre Bereicherungshaftung auf Erstattung eines Surrogats an (§ 687 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 681 Satz 2, 667 Fall 2 i.V.m. § 281 BGB). Ebenso gibt es aber auch hier eine sekundäre Deliktshaftung, die an ein erneutes rechtswidriges Verhalten des Besitzers anknüpft und auf den Ersatz eines konkreten oder abstrakten Schadens wegen Verzugs der Herausgabe (§ 687 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 681 Satz 2, 667 Fall 1 i.V.m. § 286; §687 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 681 Satz 2, 667 Fall 1 i.V.m. §§ 292 Abs. 2, 987 Abs. 2 BGB) oder eines Schadens wegen nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe (§ 687 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 681 Satz 2, 667 Fall 2 BGB) zielt. Die Haftung auf die Erstattung gezogener Nutzungen ist neben der primären Deliktshaftung und der sekundären Bereicherungshaftung wiederum nur teilweise selbständig erfaßt (§ 687 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 681 Satz 2, 667 Fall 1 i.V.m. § 292 Abs. 2, 987 Abs. 1 BGB). Schließlich ergibt sich auch hier wieder ein be-

reicherungsrechtlicher, an einen rechtsgrundlosen Zustand anknüpfender Anspruch des Besitzers auf den Ersatz von Verwendungen auf die Sache (§ 687 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 681 Satz 2, 667 Fall 1 i.V.m. §§ 687 Abs. 2 Satz 2, 684 Satz 1, 818 Abs. 3 BGB) - auch dies ein Anspruch aus dem Eigentumsrecht gegen den Eigentümer.

Was uns an den beiden hier behandelten deliktsrechtlichen Haftungsregelungen unabhängig von ihrer geringen praktischen Bedeutung zunächst allein interessiert, ist das überall gleiche und eben auch im Bereich des deliktsrechtlichen Eingriffsschutzes wiederkehrende Prinzip, nach dem sich die einzelne, auf einem Herausgabeanspruch aufbauende Haftungsregelung gliedert.

cc) Sind alle Ansprüche des bereicherungs- und deliktsrechtlichen Eingriffsschutzes, wiederum also nicht nur die auf Herausgabe bzw. auf Wertersatz oder noch weitergehenden Geldersatz gerichteten ursprünglichen Ansprüche, sondern auch die auf einen Herausgabeanspruch folgenden weiteren Einzelansprüche der jeweiligen Haftungsregelung, Ansprüche aus dem verletzten Eigentumsrecht, darf man auch hier nicht von einem "gesetzlichen" oder sonstigen Schuldverhältnis sprechen.

Das ist vor allem für die Vindikationsregelung von Bedeutung. Denn gerade bei ihr hat sich die aus der zunächst unzulänglichen Trennung von Schuldverhältnis und Anspruch erwachsene Vorstellung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses zwischen Eigentümer und Besitzer, aus dem die einzelnen Ansprüche sämtlich hervorgehen sollen, ganz besonders eingebürgert[614]. Indes verletzt etwa der mit der Vindikation herausgabepflichtige Besitzer, der die Sache mutwillig zerstört, weder den in der Vindikation gelegenen einzelnen Anspruch des Eigentümers noch ein bei eindeutiger Bestimmung immer nur als umfassender Organismus strukturiert zu denkendes Schuldverhältnis mit dem Eigentümer noch im übrigen auch die Sache oder den Zuweisungs-

614) So etwa: Mot. III 395 und öfter; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 I; Westermann, Sachenrecht §§ 2 III 1, 30 I 1, 31 I 1; BGHZ 34, 122 (129).

gehalt des Eigentumsrechts. Er verletzt vielmehr das in der Eingriffslage (Vindikationslage) befindliche Eigentumsrecht als solches. Oder noch genauer, er verletzt die allein von ihrer normativen Wirkung her zu begreifende Zuweisung der Herrschaftsmacht über die Sache, welche das Eigentumsrecht konstituiert und hier als Verhaltenszuweisung erheblich wird[615]. Und auch um den umgekehrten Anspruch des Besitzers gegen den Eigentümer auf Ersatz von Verwendungen auf die Sache zu erklären, muß und darf man im Gegensatz zur herrschenden Auffassung nicht auf die verfehlte Interpretation des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses als Schuldverhältnis verfallen. Denn die Entstehung auch dieses Anspruchs ist, wie schon darzulegen war, allein auf die Normativität der insoweit als Güterzuweisung maßgeblichen, im Eigentumsrecht angelegten Zuweisung zurückzuführen. Mit gutem Grund wird daher die Auffassung, man habe es hier mit einem Schuldverhältnis zu tun, wieder in Zweifel gezogen und gesagt, es gehe nicht nur bei der Vindikation, sondern auch bei ihren Nebenansprüchen um Ansprüche aus dem Eigentumsrecht und nicht aus einem neben dem Eigentumsrecht stehenden Schuldverhältnis[616].

Der hinter der Vorstellung eines umfassenden Schuldverhältnisses zwischen Eigentümer und Besitzer stehende und auch hier wieder in seinem sachlich zutreffenden Kern herauszuschälende richtige Gedanke ist jedoch, daß alle Ansprüche der Vindikationsregelung, und für die anderen Haftungsregelungen gilt dasselbe, eine funktionelle Gesamtheit darstellen, die nicht sachwidrig auseinandergebrochen werden darf. Der dieser inneren Geschlossenheit der Haftungsregelung zugrunde liegende einheitliche Ursprung aller in ihr zusammengefaßten Ansprüche liegt aber eben statt in einem Schuldverhältnis allein in der Zuweisung, die das Eigentumsrecht konstituiert und zumindest noch ihrem Zweck nach zur Geltung gelangt

---

615) Darüber, daß hier weder die Sache noch der - in der Herrschaftsmacht über die Sache zu sehende - Zuweisungsgehalt des Rechts an der Sache, sondern die Zuweisung verletzt wird, schon oben Note 31.

616) So Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 VI 2. Auch bei Westermann, Sachenrecht § 31 V findet sich wieder der Hinweis, daß die Nebenansprüche aus dem Eigentumsrecht angeblich seien. Vgl. dagegen aber oben Note 614.

Vor weiteren Mißverständnissen zu hüten wissen wird man sich nur, wenn man zudem in Rechnung zieht, daß abgesehen von Schuldverhältnis und Anspruch auch Anspruch und an einem Anspruch bestehendes subjektives Forderungsrecht immer wieder miteinander vermengt werden. Damit stoßen wir erneut auf die Bemühungen der Rechtsdogmatik darum, Wesen und Eigenart des "dinglichen" oder "sachenrechtlichen" Anspruchs im Gegensatz zum "persönlichen" oder "schuldrechtlichen" Anspruch herauszuarbeiten: Bemühungen, die ohnehin meist die Vindikation zum Mittelpunkt haben[617] und im übrigen gerade auch für die Bestimmung des Verhältnisses der "dinglichen" Vindikation zu ihren "persönlichen" Neben- und Folgeansprüchen bedeutsam sind. Dazu läßt sich auch hier wieder[618] nur sagen, daß die auf einer verfehlten Verwendung des Begriffs der Dinglichkeit[619] beruhende Unterscheidung von "dinglichen" oder "sachenrechtlichen" und "persönlichen" oder "schuldrechtlichen" Ansprüchen schlechterdings nichts austrägt. Das zeigt sich schon daran, daß auch die beiden deliktsrechtlichen Herausgabeansprüche des Eigentümers gegen den Besitzer ebenso wie die Vindikation nur als unselbständige Ausflüsse des Eigentumsrechts verstanden werden können, obwohl man die Deliktshaftung herkömmlicherweise durchaus uneingeschränkt den "persönlichen" Ansprüchen zuschlägt. Man sollte sich daher auch terminologisch auf das beschränken, was hier in Wirklichkeit sachlich allein gemeint ist. Einmal nämlich hat man es wie bei den Herausgabeansprüchen in dem gerade erwähnten Sinne mit unselbständigen Ausflüssen des fortbestehenden Herrschaftsrechts an der Sache zu tun. Das andere Mal geht es ebenso wie bei den ursprünglichen, auf Wertersatz oder noch weitergehenden Geldersatz gerichteten Ansprüchen in der Regel auch bei den Neben- und Folgeansprüchen des einzelnen Herausgabeanspruchs um Ansprüche, die zwar gleichfalls aus dem Eigentumsrecht hervorgegangen sind, nunmehr aber den Gegenstand eines neuen Herrschaftsrechts bilden: Wenn und soweit das verletzte Eigentumsrecht schon mit der Auslösung der primären oder doch der Auslösung der sekundären Bereicherungs- oder Deliktshaftung nicht

617) Statt aller: Wolff-Raiser aaO § 84 VI mw.Nachw. dort FN. 28.
618) Zum folgenden schon oben bei Note 526/7 und Note 586 bis 591.
619) Dazu wiederum vor allem schon oben bei Note 387.

fortbesteht, sondern verlorengeht, tritt an seine Stelle ein Forderungsrecht[620]. Die schon für sich genommen nicht tragfähige Unterscheidung von "dinglichen" und "persönlichen" Ansprüchen ist demgegenüber nur geeignet, den einheitlichen Charakter aller hier in Betracht stehenden Ansprüche als Rechtsfortwirkungsansprüche aus dem Eigentum zu verschleiern[621].

c) Daß Opfersicherung und Eingriffsschutz des Eigentumsrechts sich einschließlich ihrer möglichen Erweiterungen zu einer umfassenden Haftungsregelung gegenseitig verdrängen, ist, wenn Veräußerung und Verletzung des Rechts einander gegenüberstehen, an sich nicht mehr als selbstverständlich: Ein und derselbe Vorgang kann nur entweder als Leistung aus dem Recht oder aber als objektiver oder subjektiver Eingriff in das Recht gewertet werden. Darum, freilich aber auch nur darum allein kann derjenige, der die Sache übereignet erhalten oder durch Verbrauch, Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung ihren Wert zugewendet erhalten hat, immer nur mit der

620) In gleichem Sinne unterscheidet Larenz, Allgemeiner Teil § 20 I (255 ff.) gerade am Beispiel der Vindikation und ihrer Nebenansprüche zwischen unselbständigen und selbständigen Ansprüchen. Ebenso bezeichnet etwa auch Westermann, Sachenrecht § 31 V die Nebenansprüche (alt) zwar gleichfalls aus dem Eigentum abgeleitet, jedoch im Gegensatz zur Vindikation dem Eigentum gegenüber selbständig.

621) Westermann aaO §§ 2 III 1 bis 3, 30 I 1 will die der Vindikation beigelegte "dingliche Natur" aus einer "doppelten Zuordnung des Gegenstandes" erklären: Dem Eigentümer sei das Recht an der Sache, dem Besitzer mit dem Besitz das äußere Haben der Sache zugeordnet. Das ist verfehlt. Wenn der Gedanke der "Zuordnung" oder, wie wir es nennen, der "Zuweisung" einen klar definierbaren Sinn haben soll, muß er auf das subjektive Recht beschränkt bleiben. Der Besitz ist aber im Gegensatz zum Eigentum kein subjektives Recht. Daß die Unterscheidung von "dinglichen" und "persönlichen" Ansprüchen auf diese Weise nicht einleuchtender wird, zeigt sich auch, wenn mittelbares Besitzrecht des Eigentümers und unmittelbares Besitzrecht des Mieters oder Pfandgläubigers einander gegenüberstehen. Dann ist in der Tat die Herrschaftsmacht über dieselbe Sache sowohl dem Eigentümer als auch dem Besitzer zugeordnet oder zugewiesen. Und doch soll der in diesem Besitzrechtsmittlungsverhältnis gegebene Herausgabeanspruch, der besondere Rückabwicklungsanspruch des Eigentümers gegen den Mieter oder Pfandgläubiger, nun gerade ein "persönlicher" Anspruch sein. Was die angeblich "dingliche" Vindikation auf der Grundlage des Eigentumsrechts zur Entstehung bringt, ist die Rechtsgrundlosigkeit der Besitzerlangung des Besitzers und die Sachherrschaft. Diese Grundlage und diesen Entstehungsgrund hat mit der Vindikation auch der sogenannte "persönliche" Herausgabeanspruch gemein.

allgemeinen oder der besonderen bereicherungsrechtlichen Opferhaftung in Anspruch genommen werden. Die bereicherungs- und deliktsrechtliche Eingriffshaftung dagegen entfällt dann, und dies nicht, weil nur "die Widerrechtlichkeit ausgeschlossen" wäre[622], sondern weil eine Eingriffshaftung schon "tatbestandlich" nicht in Frage kommt[623].

Größere praktische Bedeutung erlangt diese Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz dort, wo das Eigentum nicht vom Eigentümer, sondern von einem Dritten wirksam veräußert wird. Hat der Verwahrer die ihm vom Eigentümer anvertraute Sache an einen Hehler verschoben und übereignet dieser sie einem gutgläubigen Käufer, oder baut der Installateur den unter Eigentumsvorbehalt vom Hersteller bezogenen Ölheizungskessel mit dessen Zustimmung im Haus des Bauherrn ein, so haftet der Erwerber weder dem Eigentümer noch dem Veräußerer mit der bereicherungs- oder deliktsrechtlichen Eingriffshaftung[624]. Er kann vielmehr immer nur dem Veräußerer mit der

622) Grundlegend zu diesem Begriff Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906) 1 ff. Inwiefern darüber der strenge Gegensatz von Übertragung und Verletzung eines subjektiven Rechts, von Leistung durch wirksame Verfügung über das Recht und objektivem oder subjektivem Eingriff in das Recht verlorengeht, wird insbes. aaO 24/5 deutlich.

623) In diesem Sinne wird der strikte Gegensatz von Übertragung und Verletzung des subjektiven Rechts namentlich schon bei Kipp, Über den Begriff der Rechtsverletzung, Festgabe für Otto Gierke (1910) II 1 ff., insbes. 10/11 hervorgehoben.

624) Das wird gerade am Fall des gutgläubigen Erwerbs immer wieder erörtert. Auch wenn der Erwerber das Nichteigentum des Veräußerers leichtfahrlässig verkannt habe, könne ihn der Eigentümer, so sagt man, trotz Vorliegen eines solchen deliktischen Tatbestandes nicht nach § 823 Abs. 1 BGB schadensersatzpflichtig machen. Denn eine Naturalrestitution würde den Eigentumserwerb rückgängig und damit den dem Erwerber zugedachten Verkehrsschutz hinfällig machen. Dieser Verkehrsschutz nehme vielmehr dem Eingriff die Rechtswidrigkeit: Baur, Sachenrecht § 13 B I 2 c; Westermann, Sachenrecht § 3 I 3 b, aa; BGH JZ 1956, 490 f. Dabei wird mit der herrschenden Meinung vorausgesetzt, daß bereits die wirksame Verfügung des Veräußerers über das fremde Eigentum eine Verletzung dieses Eigentums sei; so schon Zitelmann AcP 99, 24/5 (oben Note 622).

Diese Voraussetzung ist jedoch nicht richtig. Wird über das Eigentumsrecht, und sei es vom Nichteigentümer, wirksam verfügt, kann derselbe Vorgang nicht zugleich ein Eingriff in das Recht sein. Übertragung und Verletzung des Rechts schließen einander auch hier notwendig aus, wie schon Kipp aaO 27, 29 richtig hervorgehoben hat. Für den Erwerber kann nichts anderes gelten. Eine Delikts-

bereicherungsrechtlichen Opferhaftung verantwortlich sein[625].

Wie gesagt, ist diese Alternativität der beiden Kategorien des Drittschutzes des subjektiven Rechts an sich nur selbstverständlich. Aber sie kann sich hier eben auch auf die klar ausgebildeten Formen der Veräußerung des Rechts durch Übereignung der Sache stützen, die man nur noch um die Formen der Veräußerung des Rechts durch Verwertung der Sache erweitern muß. Damit gelangt man in der ausschlaggebenden Abschichtung von Übertragung und Verletzung des Rechts von vornherein auf festen Boden: Der Veräußerung des Rechts durch Übereignung oder Verwertung der Sache steht seine Verletzung durch Entziehung oder Vorenthaltung der Herrschaftsmacht über die Sache oder Verwertung der Sache gegenüber.

---

haftung des Erwerbers gegenüber dem Eigentümer nach § 823 Abs.1 BGB scheidet daher schon "tatbestandsmäßig" aus. Nicht also deckt hier etwa der Verkehrsschutz einen an sich gegebenen Eingriff des Erwerbers in das Recht des Eigentümers. Vielmehr ermöglicht er eine Leistung des Nichtberechtigten, die als wirksame Verfügung über das Eigentumsrecht schon a priori auch von Seiten des Erwerbers kein Eingriff in das Recht sein kann.

625) Hiervon nur scheinbar eine Ausnahme bilden die Fälle, daß die Sache zunächst vom alten Eigentümer einem Zwischenmann übereignet oder etwa in Verwahrung gegeben und dann von diesem unentgeltlich dem neuen Eigentümer übereignet worden ist, und daß nun nach § 822 bzw. § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB der neue Eigentümer sie direkt dem alten Eigentümer wieder herausgeben muß.

Ein solcher Anspruch ist kein Eingriffsanspruch, der hier nach wie vor ausgeschlossen bleibt. Es handelt sich vielmehr um eine Opferkondiktion, die neben den Opferanspruch des Zwischenmanns gegen den neuen Eigentümer und ebenso auch neben den entsprechenden Opferanspruch des alten Eigentümers gegen den Zwischenmann tritt. Sie ergibt sich aus einer sogenannten "Einziehungsermächtigung" des alten Eigentümers bezüglich der Opferkondiktion des Zwischenmanns gegen den neuen Eigentümer oder richtiger aus der gesetzlichen Ausübungsüberlassung des an diesem Anspruch bestehenden Forderungsrechts des Zwischenmanns an den alten Eigentümer, kraft deren der letztere nunmehr Herausgabe an sich verlangen kann. Daß der Zwischenmann bei Erfüllung des Schuldverhältnisses zwischen ihm und dem neuen Eigentümer den Herausgabeanspruch gegen den neuen Eigentümer selbst gar nicht zu erheben vermag, steht dem nicht entgegen. Entscheidend ist, daß nach §§ 816 Abs.1 Satz 2, 822 BGB der alte Eigentümer diesen Rechtsgrund der Bereicherung des neuen Eigentümers in Anbetracht der Unentgeltlichkeit von dessen Erwerb nicht anzuerkennen braucht. Auf denselben Grundgedanken, daß es dem Empfänger verwehrt wird, sich auf den - durchaus vorhandenen - Rechtsgrund seiner Bereicherung auch wirksam zu berufen, waren wir schon in der Erörterung der §§ 813 Abs. Satz 1 und 817 Satz 1 BGB gestoßen. Nur gilt dies hier statt für sein Verhältnis zum Leistenden für das Verhältnis zu einem Dritten nämlich statt dem Zwischenmann dem alten Eigentümer gegenüber.

Vgl. auch oben Note 491.

d) Unberührt von dieser Alternativität kann die außerhalb des Drittschutzes des subjektiven Rechts stehende bereicherungs- oder deliktsrechtliche Haftung desselben Anspruchsgegners sowohl mit der Opfersicherung als auch mit dem Eingriffsschutz zusammentreffen.

Wer etwa den Eigentümer unter Vorspiegelung falscher Tatsachen zur Veräußerung veranlaßt hat, sieht sich bei Nichtigkeit des Kaufvertrages oder nach dem Rücktritt von diesem Vertrag sowohl dem Opferanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB bzw. § 346 BGB als auch den Deliktsansprüchen wegen Verstoßes gegen ein Schutzgesetz nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und wegen sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB gegenüber. Wer den Eigentümer bestohlen hat, ist außer den Eingriffsansprüchen nach §§ 985 und 823 Abs. 1 BGB zugleich auch den Deliktsansprüchen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 242 StGB und nach § 826 BGB ausgesetzt.

In diesem Verhältnis zwischen Drittschutz des subjektiven Rechts und sonstiger Haftung geht es nicht um eine Haftungseinheit im Sinne der Begründungskonkurrenz[626]. Insoweit handelt es sich vielmehr wegen der Verschiedenheit der Haftungsgrundlagen ganz im Verständnis der klassischen Lehre um echte Anspruchskonkurrenz[627].

2. Wesentlich problematischer liegen die Dinge, wenn man statt der Veräußerung des Eigentumsrechts seine Überlassung zur Ausübung in Betracht zieht. Das zeigt sich vor allem in den vielfältigen Versuchen, das Verhältnis der Ansprüche der Vindikationsregelung zu den in denselben Zusammenhang hineinreichenden anderweitigen Ansprüchen schlüssig zu bestimmen[628]. Klarheit läßt sich hier, wie im Ansatz bereits darzulegen war, nur gewinnen, wenn man auch insoweit die Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz des subjektiven Rechts zugrunde legt: Die schon mit der Leistung voll zur

626) Zu dieser oben bei Note 61 bis 64. Zuletzt wieder oben Note 597 und 605 für die jeweilige bereicherungs- und deliktsrechtliche Sekundärhaftung innerhalb einer Haftungsregelung sowie Note 603 für die verschiedenen Haftungsregelungen des Eingriffsschutzes in ihrer Gesamtheit.

627) Darüber mit Nachweisen oben zu Note 60.

628) Aus dem Schrifttum sind hier außer den Arbeiten von Siber (Rechtszwang 114 ff.; Passivlegitimation 227 ff., JhJ 89, 1 ff.; oben

Entstehung gelangte allgemeine oder besondere Leistungskondiktion aus dem Eigentumsrecht steht sowohl dem mit einem objektiven Eingriff ausgelösten bereicherungsrechtlichen Eingriffsanspruch, nämlich der in der Vindikation gelegenen besonderen Eingriffskondiktion, als auch den mit einem subjektiven Eingriff entstandenen deliktsrechtlichen Eingriffsansprüchen aus dem Eigentumsrecht gegenüber. Dabei können wir freilich die Tragweite unserer These, daß die Leistungskondiktion gleichfalls aus dem subjektiven Recht zu entwickeln ist, auch hier wieder nur an ihren grundsätzlichen Folgerungen aufzeigen.

a) Die mit der Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts durch Übergabe der Sache entstandene allgemeine oder besondere Leistungskondiktion des Eigentümers gegen den Besitzer, die auf Herausgabe

Note 318 bis 320) und Raiser (Festschr. Wolff 123 ff.; JZ 1958, 681 ff.; JZ 1961, 529 ff.; Wolff-Raiser, Sachenrecht §§ 84 ff.; oben Note 325/6) insbesondere zu nennen: Prym, Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung (1906) 74 ff.; Lent, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeßrecht I (1912) 256 ff., 291 ff., 312 ff., 339 ff.; Schmidt, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht (1915) 163 ff.; Dietz, Anspruchskonkurrenz 181 ff.; Oertmann JhJ 61, 44 ff.; Scherk JhJ 67, 359 ff.; Stutz, Die Rechtsbeziehungen des Eigentümers zum nichtberechtigten Besitzer (1934); v. Caemmerer, Festschr. Boehmer 154 FN. 42; Peters, Die Ansprüche aus dem Eigentum, AcP 153 (1954) 454 ff.; Münch 9 ff., 68 ff.; Krause 45 ff., 75 ff., 101 ff.; Lange JZ 1964, 640 ff.; Brox, Die Haftung des Besitzers für Zufallsschäden, JZ 1965, 516 ff.; Diederichsen, Recht zum Besitz 153 ff.; M.Wolf AcP 166, 188 ff.; Dimopoulos-Vosikis, Elemente, insbes. 52 ff., 91 ff., 100 ff., 192 ff., 251 ff., 258 ff.; Helm, Haftung für Schäden an Frachtgütern (1966) 197 ff.; Heck, Sachenrecht §§ 66 ff.; Westermann, Sachenrecht §§ 30 ff.; Baur, Sachenrecht § 11; Eichler, Institutionen II 1, 188 ff.; Esser, Schuldrecht § 102 V; Soergel-Siebert-Mühl, 6 vor § 985, 14 ff. vor § 987; Staudinger-Berg, 1 ff. vor § § 987 ff.

Aus der Rechtsprechung etwa: RGZ 101,307 ff.; 106,149 ff.; 112,417 ff.; 157,132 ff.; 163,348 ff.; 170,257 ff. BGH JZ 1951, 716 ff.; BGHZ 14,7 ff.; 27, 317 ff.; 31, 129 ff.; 34,122 ff.; 39,186 ff.; 41, 157 ff.

Sibers Bemühungen, in diese Anspruchsbeziehungen Ordnung hineinzubringen, haben in der Rechtsprechung keine Spuren hinterlassen. Demgegenüber hat sich der Bundesgerichtshof mit der von derselben Zielsetzung getragenen Auffassung Raisers ausdrücklich auseinandergesetzt (und sie abgelehnt); BGHZ 34,122 (123/4) (oben zu Note 336).

der dem Besitzer zugewendeten berechtigten Herrschaftsmacht über die Sache, also des persönlichen oder dinglichen Drittbesitzrechts, gerichtet ist, weitet sich auch im Besitzrechtsmittelungsverhältnis wieder zu einer umfassenden Haftungsregelung aus. Um das zu veranschaulichen, können wir uns neben der allgemeinen Opferkondiktion, wie sie etwa beim Scheitern von Kauf und Übereignung eingreift, mit dem bei Miete, Verwahrung, Nießbrauch und Pfand entstehenden besonderen Opferanspruch auf einige wenige Beispiele beschränken[629]. Dabei ergibt sich alsbald wieder das uns nun schon vertraute, typische Bild[630].

Ausgangspunkt der Haftungsregelung ist die primäre Bereicherungshaftung mit der an einen rechtsgrundlosen Zustand anknüpfenden, auf Herausgabe der Herrschaftsmacht über die Sache gerichteten Leistungskondiktion des Eigentümers gegen den Besitzer (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, Satz 2; §§ 556 Abs. 1, 695, 1055 Abs. 1, 1223 Abs.1 BGB). Ein rechtsgrundloser Zustand ist hier insofern gegeben, als die Sachherrschaft des Besitzers der im Recht des Eigentümers angelegten und die Ausübungsüberlassung dieses Rechts überdauernden Zuweisung in deren Funktion als Güterzuweisung widerspricht.

---

629) Ob der berechtigte Besitzer, wie regelmäßig der Käufer, Eigenbesitzwillen oder aber, wie im Normalfall der Mieter, Verwahrer, Nießbraucher und Pfandgläubiger, Fremdbesitzwillen hat, macht nicht anders als für das Besitzrechtsmittlungsverhältnis als solches auch für die dieses Verhältnis beherrschende Haftungsregelung der Opfersicherung grundsätzlich keinen Unterschied. Vgl. auch oben Note 471, 472 und 490.

630) Hinsichtlich der Typologie dieser und der sonstigen Haftungsregelungen des Drittschutzes des subjektiven Eigentumsrechts haben wir bereits oben Note 596 statt aller übrigen auf Siber JhJ 89, 1 ff., insbes. 21 ff. verwiesen. Dort wird der Ertrag einer lebenslangen Beschäftigung mit den Fragen der Haftung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (vgl. oben Note 628) zusammengefaßt und de lege ferenda ausgewertet (aaO 75 ff.). Freilich müssen wir auch hier unseren Vorbehalt wiederholen, daß die von Siber durchgängig, insbes. 17 ff. getroffene Unterscheidung von "Auskehrungs-" und "Verschaffungshaftung" verfehlt ist.

Betont sei ferner, daß auch im folgenden die Fälle einer Modifikation des jeweiligen Haftungsmaßstabs, die einzelnen Unterschiede der Verjährungs- und Ausschlußfristen, besondere Bestimmungen zur Rückbehaltungsbefugnis sowie die Vorschriften über die Wegnahmebefugnis nicht erörtert werden können.

Tritt bei nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe an die Stelle der Herrschaftsmacht über die Sache ein Surrogat, greift eine sekundäre Bereicherungshaftung ein. Das Surrogat ist mit einem Bereicherungsanspruch zu erstatten, der gleichfalls an einen rechtsgrundlosen, da der Güterzuweisung oder doch wenigstens deren Zweck widersprechenden Zustand anknüpft (§ 812 i.V.m. §§ 816 Abs.1, 818 Abs. 1 Fall 2, Abs. 2 Fall 2; §§ 556, 695, 1055, 1223 i.V.m. § 281 BGB)[631].

Neben der sekundären Bereicherungshaftung steht[632] eine sekundäre Deliktshaftung. Diese setzt ein rechtswidriges, nämlich der Zuweisung des zur Ausübung überlassenen Eigentumsrechts in deren Eigenschaft als Verhaltenszuweisung widersprechendes Verhalten des Besitzers voraus und richtet sich auf Schadensersatz. Dabei kommt einmal wieder ein Schaden wegen Verzuges der Herausgabe in Betracht der konkret (§ 812 i.V.m. §§ 818 Abs. 4, 819, 820 Abs.1, 286; §§ 556, 695, 1055, 1223 i.V.m. § 286 BGB) oder über die Versäumung ordentlicher Nutzungen abstrakt (§ 812 i.V.m. §§ 818 Abs.4, 819, 820 Abs. 1, 292 Abs. 2, 987 Abs. 2; §§ 556, 695, 1055, 1223 i.V.m. §§ 292 Abs. 2, 987 Abs. 2 BGB) erfaßt wird. Zum andern handelt es sich um den Schaden wegen nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe (§ 812 i.V.m. §§ 818 Abs. 4, 819, 820 Abs. 1, 292 Abs.1, 989; §§ 556, 695, 1055, 1223 i.V.m. § 280 bzw. §§ 292 Abs. 1, 989 BGB)[633].

Aus der primären Bereicherungshaftung auf Herausgabe der Herrschaftsmacht über die Sache und der sekundären Bereicherungshaftung auf Erstattung eines Surrogats weitgehend herausgenommen ist die Haf-

631) Beschränkt man also die Vindikation ihrer Funktion gemäß auf die Eingriffsfälle, so wird ein Surrogat, das der Eigentümer vom Besitzer bei kraft guten Glaubens des Erwerbers oder kraft Zustimmung des Eigentümers wirksamer Verfügung über das Eigentumsrecht oder auch etwa beim Verbrauch der Sache erstattet verlangen kann, im Fall der Rückabwicklung mit der allgemeinen Leistungskondiktion schon von vornherein mit der allgemeinen Bereicherungshaftung nach §§ 816 Abs. 1, 818 Abs. 2 BGB erfaßt (siehe weiter auch § 818 Abs 1 BGB), während im Fall der Rückabwicklung mit einer besonderen Leistungskondiktion im Rahmen der wiederum auf diese aufbauenden Haftungsregelung ausschließlich § 281 BGB einschlägig ist. Vgl. dazu oben Note 604.

632) Und zwar wieder in Begründungskonkurrenz. Gl. oben Note 597 sowie auch Note 605.

633) In der sachlichen Aussage besteht zwischen § 989 BGB und § 280 BGB kein Unterschied. Oben Note 598 und 607.

tung auf Erstattung gezogener Nutzungen (§ 812 i.V.m. § 818 Abs.1 Fall 1 bzw. §§ 818 Abs. 4, 819, 820, 292 Abs. 2, 987 Abs. 1; §§ 556, 695, 1055, 1223 i.V.m. § 281 bzw. §§ 292 Abs. 2, 987 Abs.1 BGB).

Abgeschlossen wird die Haftungsregelung auch hier durch den umgekehrten Anspruch des Besitzers gegen den Eigentümer wegen Verwendungen auf die Sache (§ 812 i.V.m. § 818 Abs. 3 bzw. §§ 818 Abs. 4, 819, 820 Abs. 1, 292 Abs. 2, 994 Abs. 2 i.V.m. §§ 683, 684 Satz 2, 670 oder §§ 684 Satz 1, 818 Abs. 3; § 556 i.V.m. § 547 Abs. 1, 547 Abs. 2 i.V.m. §§ 683, 684 Satz 2, 670 oder §§ 684 Satz 1, 818 Abs. 3; § 695 i.V.m. § 693; § 1055 i.V.m. § 1049 und § 1223 i. V.m. § 1216 je i.V.m. §§ 683, 684 Satz 2, 670 oder §§ 684 Satz 1, 818 Abs. 3; oder aber §§ 556, 695, 1055, 1223 i.V.m. §§ 292 Abs. 2, 994 Abs. 2 i.V.m. §§ 683, 684 Satz 2, 670 oder 684 Satz 1, 818 Abs.3 BGB). Diese Haftung ist wieder als Bereicherungshaftung zu bestimmen[634]. Sie knüpft an einen Zustand an, welcher der die Ausübungsüberlassung überdauernden Gütersuweisung des Eigentumsrechts widerspricht und deswegen rechtsgrundlos ist. Hinter der hier ganz besonders überspitzten Verweisungstechnik des Gesetzes steht also ein Anspruch aus dem Eigentumsrecht gegen den Eigentümer, der ein insbesondere gegen die Nutzungshaftung abgewogenes Korrelat der aus demselben Recht hervorgehenden, dem Eigentümer gegen den Besitzer zustehenden Leistungskondiktion und übrigen Fortwirkungsansprüche der Haftungsregelung bildet.

Von entscheidender und vor allem für die besonderen Leistungskondiktionen zu unterstreichender Bedeutung ist, daß man sich auch angesichts der hier einschlägigen Haftungsregelung[635] von der fal-

634) Zum folgenden schon oben bei Note 599 bis 601 sowie Note 610 bis 612.

635) Sofern diese Haftungsregelung auf der allgemeinen Leistungskondiktion aufbaut, fällt - worauf oben Note 602 schon hinzuweisen war- in ihrem Vergleich mit der Vindikationsregelung ein Unterschied auf: Bei den Voraussetzungen für die Haftung auf Schadensersatz, Nutzungserstattung und Verwendungsersatz wird in § 819 Abs. 1 BGB auf die Kenntnis "des Mangels des rechtlichen Grundes beim Empfang", in § 990 Abs. 1 Satz 1 BGB hingegen auf den bösen Glauben beim Erwerb abgestellt, für den auch schon grobfahrlässige Unkenntnis genügt.

schen Gleichsetzung von Schuldverhältnis und Anspruch vollständig löst. Alle hier im Rahmen der Opfersicherung aufgeführten einzelnen Ansprüche der Haftungsregelung sind Ansprüche aus dem zur Ausübung überlassenen Eigentumsrecht und haben selbst mit einem wie auch immer gearteten Schuldverhältnis unmittelbar nichts zu schaffen. Auch als Besitzrechtsmittlungsverhältnis ist das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis kein "gesetzliches" Schuldverhältnis[636]. So verletzt beispielsweise der im Besitz befindliche Mieter oder Nießbraucher, der an dem ihm vom Eigentümer eingeräumten Hausgrundstück unerlaubte Veränderungen vornimmt, oder der Verwahrer oder Pfandgläubiger, der das ihm anvertraute Gut an einen Hehler verschiebt weder den in der allgemeinen oder besonderen Leistungskondiktion gelegenen Herausgabeanspruch des Eigentümers noch - soweit überhaupt tatsächlich vorhanden - das vom Eigentümer bei der Übergabe der Sache in Bezug genommene Schuldverhältnis. Was der Besitzer verletzt, ist auch nicht die Sache oder etwa der in der Sachherrschaft bestehende Zuweisungsgehalt des Eigentumsrechts. Er verletzt vielmehr das ihm zur Ausübung überlassene und damit in der Opferlage (Besitzrechtslage) befindliche Eigentumsrecht als solches, indem er gegen die in diesem Recht angelegte und hier als Verhaltenszuweisung erhebliche Zuweisung der Sachherrschaft verstößt. Ebenso wurde auch für die hier einschlägigen Fälle soeben schon gesagt, daß es im Gegensatz zur herrschenden Ansicht auch für das Verständnis des gegenläufigen Anspruchs des Besitzers gegen den Eigentümer auf Verwendungsersatz nicht der Annahme eines Eigentümer und Besitzer verbindenden gesetzlichen Schuldverhältnisses bedarf. Denn auch dieser Anspruch erklärt sich aus der normativen Wirkung der Zuweisung, die sich hier als Güterzuweisung gegen den Eigentümer kehrt.

Etwas ganz anderes ist, daß wenn und soweit das zur Ausübung überlassene Eigentumsrecht mit der Auslösung der sekundären Bereicherungs- oder Deliktshaftung nicht länger fortbesteht, sondern verlorengeht, an seine Stelle ein Forderungsrecht auf den Ansprüchen dieser Haftung tritt: Die aus dem Eigentumsrecht hervorgegangenen Einzelansprüche können entweder, wie der insoweit der Vindikation voll

636) Vgl. dazu und zum folgenden oben bei Note 614 bis 616.

entsprechende Herausgabeanspruch, unselbständige Ausflüsse des erhalten bleibenden Sachherrschaftsrechts sein. Oder aber sie bilden, wie im Bereich der Neben- und Folgeansprüche die mit einer Verwertung oder Vernichtung der Sache entstehenden, auf Wert- und noch weitergehenden Geldersatz gerichteten Ansprüche, den Gegenstand eines eigenen Herrschaftsrechts. Dabei läßt sich dieses Ergebnis schon darum wieder nicht in der verfehlten Unterscheidung von "dinglichen" und "persönlichen" Ansprüchen[637] fassen, weil man die hier maßgeblichen, in der allgemeinen Leistungskondiktion und den besonderen Leistungskondiktionen bestehenden Herausgabeansprüche seit jeher gerade als "persönliche" Ansprüche versteht. Worauf es ankommt ist vielmehr, daß außer Schuldverhältnis und Anspruch auch Anspruch und subjektives Forderungsrecht sachlich und begrifflich scharf auseinandergehalten werden.

Was man im übrigen,um darauf wieder zurückzukommen, im Blick auf die Eigentümer-Besitzer-Beziehung als solche glaubt in die Vorstellung des umfassenden Organismus eines Schuldverhältnisses kleiden zu sollen, ist eine in der Tat auch hier einschlagende, richtige Wertung: Die auf der jeweiligen Leistungskondiktion aufbauende Haftungsregelung bildet wegen des einheitlichen Ursprungs sämtlicher in ihr vereinigter Einzelansprüche eine in sich abgestimmte, funktionelle Gesamtheit. Statt in einem Schuldverhältnis liegt dieser einheitliche Ursprung jedoch allein in der sich mindestens noch ihrem Zweck nach auswirkenden Zuweisung der Herrschaftsmacht über die Sache, welche das Eigentumsrecht konstituiert.

Auch von dem diesen Namen tatsächlich verdienenden Schuldverhältnis, das der Eigentümer mit seiner Leistung an den Besitzer konkret in Bezug genommen hat, gilt nichts anderes. Ein solches der Ausübungsüberlassung zugrunde gelegtes Schuldverhältnis liegt vielmehr in völlig anderer Ebene. Gleichwohl beeinflußt es die in dem zur Ausübung überlassenen Eigentumsrecht gründende Haftungsregelung der Opfersicherung auf seine Weise. Wenn und solange und soweit näm-

637) Vgl. oben zu Note 617 bis 621 sowie schon oben bei Note 526/7 und vor allem bei Note 586 bis 591.

lich ein solches taugliches Schuldverhältnis auch wirklich vorhanden und erfüllt ist, kann der Eigentümer seinen Rückabwicklungsanspruch gegen den Besitzer nicht durchsetzen, muß er Einbußen an seiner Sache endgültig hinnehmen, und muß der Besitzer für Verwendungen auf die Sache des Eigentümers endgültig selbst aufkommen: Solange dem Mieter noch nicht wirksam gekündigt ist, braucht er dem Herausgabeverlangen des Vermieters keine Folge zu geben. Soweit der Verwahrer erlaubterweise einen Teil der bei ihm untergebrachten Rohstoffe für eigene Zwecke verwertet, muß er dem Hinterleger weder einen Wertersatz noch einen darüber hinausgehenden Geldersatz leisten. Soweit der Nießbraucher nur die ihm zustehenden Früchte und Gebrauchsvorteile zieht, hat er diese dem Besteller nicht zu erstatten. Und soweit der Pfandgläubiger sich bereit erklärt hatte, die erforderlichen Verwendungen auf das ihm für einen Kredit verpfändete Kraftfahrzeug selbst zu tragen, kann er für die dann notwendig gewordenen Reparaturkosten vom Verpfänder keinen Ersatz verlangen. Eine davon zu unterscheidende Frage ist, ob und inwiefern dies alles bei der schuldvertraglichen Vereinbarung eines Entgelts berücksichtigt worden war. Wenn hingegen das der Ausübungsüberlassung zugrunde gelegte Schuldverhältnis tatsächlich überhaupt nicht oder doch nicht tauglich vorhanden und dementsprechend auch nicht in Vollzug gesetzt worden ist, oder auch, wenn es infolge seiner späteren Auflösung nicht mehr oder auch in Ermangelung seiner wirksamen Begründung noch nicht erfüllt ist, kommt die aus dem Eigentumsrecht erwachsende Haftungsregelung voll zum Zuge.

b) Die Haftungsregelungen des bereicherungs- und deliktsrechtlichen Eingriffsschutzes, die demgegenüber bei der Verletzung des Eigentumsrechts durch die Entziehung oder Vorenthaltung der Herrschaftsmacht über die Sache in Erscheinung treten, brauchen wir hier nicht ein weiteres Mal ausführlicher darzustellen.

Wir halten nur fest: Die einzelne, umfassend ausgestaltete Haftungsregelung baut auf einem auf die Herausgabe der Herrschaftsmacht über die Sache gerichteten bereicherungs- oder deliktsrechtlichen Primäranspruch des Eigentümers gegen den nicht zum Besitz berechtig-

ten Besitzer auf, nämlich auf der Vindikation nach § 985 BGB als besonderer Eingriffskondiktion oder auf den deliktsrechtlichen Eingriffsansprüchen nach §§ 823 Abs. 1, 687 Abs. 2 Satz 1 BGB[638]. Zu dieser primären Bereicherungs- oder Deliktshaftung des Besitzers[639] hinzu kommt eine sekundäre Bereicherungshaftung auf Erstattung eines bei nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe erlangten Surrogats[640], eine sekundäre Deliktshaftung[641] auf Ersatz eines durch Verzug[642] oder nachträgliche Unmöglichkeit der Herausgabe[643] entstandenen Schadens, eine aus der primären Bereicherungs- oder Deliktshaftung auf Herausgabe und der sekundären Bereicherungshaftung auf Erstattung eines Surrogats herausgenommene Haftung auf die Erstattung gezogener Nutzungen[644] sowie schließlich die gegenläufige, ihrer Natur nach wieder bereicherungsrechtliche Haftung des Eigentümers auf den Ersatz von Verwendungen auf die Sache[645].

---

638) Untereinander stehen die einzelnen Primäransprüche und die auf ihnen aufbauenden Haftungsregelungen insgesamt in Begründungskonkurrenz; oben Note 603. Vgl. auch oben Note 597, 635 und 632.

639) Für die jeweilige Haftungsregelung des Eingriffsschutzes ist grundsätzlich ohne Bedeutung, ob der nichtberechtigte Besitzer, wie etwa der Dieb oder dessen Abnehmer, Eigenbesitzwillen hat oder aber, ob er, wie im Regelfall etwa der Kreditgeber, dem gestohlenes Gut zum Pfand gegeben, oder der Untermieter, dem das Grundstück ohne Zustimmung des Eigentümers eingeräumt worden ist, die Sache als Fremdbesitzer besitzt.

Das ist auch für die Vindikationshaftung im besonderen, deren Vorschriften keine Handhabe für eine differenzierung zwischen Eigen- und Fremdbesitz geben, die ganz herrschende Auffassung. Dazu etwa: RGZ 101,307 (310); Baur, Sachenrecht § 11 B I 3; Staudinger-Seiberl-Mühl, 12 vor § 987; zurückhaltender freilich BGHZ 31,129 (134/5). Wenn in § 986 BGB nur derjenige nichtberechtigte Fremdbesitzer genannt wird, der wie der vermeintliche Nießbraucher "die Sache zum Zwecke der Ausübung eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Nutzungsrechts an der Sache besitzt", so ist das nur ein Redaktionsversehen; RGZ 168, 349 (353). Für jeden sonstigen nichtberechtigten Fremdbesitzer gilt die gleiche Erstattungspflicht.

Vgl. oben Note 629 und ferner auch schon Note 490.

640) Dazu bezüglich der Vindikationsregelung im besonderen wieder oben Note 604. Vgl. auch Note 631.

641) Die mit der sekundären Bereicherungshaftung in Begründungskonkurrenz steht; oben 605. Vgl. auch oben Note 597 und 632.

642) Dazu eingehend die Vindikationsregelung im besonderen oben Note 606.

643) Zum Verhältnis von § 989 BGB zu § 280 BGB wieder oben Note 598, 607 und 633.

644) Auch hier wieder die Vindikationsregelung im besonderen oben Note 608. Über deren insoweit von der allgemeinen Bereicherungshaftung abweichende Ausgestaltung oben Note 609.

645) Dazu oben Note 599 bis 601, 610 bis 612 und 634.

Im übrigen ist auch hier noch einmal geltend zu machen, daß die Vindikationsregelung[646] ebenso wie die einzelne deliktsrechtliche Haftungsregelung des Eingriffsschutzes, hält man nur Schuldverhältnis und Anspruch richtig auseinander, mit einem gesetzlichen Schuldverhältnis[647] zwischen Eigentümer und Besitzer nichts zu tun hat. Und auch Anspruch und subjektives Forderungsrecht dürfen nicht zusammengeworfen werden. Alle hier in Betracht stehenden Ansprüche sind Ansprüche aus dem verletzten Eigentumsrecht, das entweder fortbesteht oder aber mit der Auslösung der sekundären Bereicherungs- oder Deliktshaftung verlorengeht und durch ein Forderungsrecht an diesen Ansprüchen ersetzt wird. Trotz dieses Befundes, dem die herkömmliche Unterscheidung von "dinglichen" und "persönlichen" Ansprüchen keinen hinlänglich klaren Ausdruck zu geben vermag[648], muß die jeweilige Haftungsregelung immer als ein Ganzes gesehen werden. Um diesen funktionellen Verbund aller ihrer Einzelansprüche zu verdeutlichen, darf man jedoch die Vorstellung vom Schuldverhältnis als einem übergreifenden Gefüge nicht bemühen. Dieser Verbund beruht vielmehr auf der im Eigentumsrecht angelegten Zuweisung, die in ihrer Normativität als Güter- und Verhaltenszuweisung zumindest noch ihrem Zweck nach auch weiterhin Geltung beansprucht.

c) Damit haben wir das Rüstzeug beisammen, um das auch hier mit der die jeweiligen Haftungsregelungen in ihrer Gesamtheit umfassenden Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz des Eigentumsrechts noch eingehender auseinandersetzen zu können.

---

646) Noch einmal hervorzuheben ist auch: Die bereicherungsrechtlichen Sondervorschriften für die Vindikationsregelung in den §§ 985, 987 ff. BGB stellen gegenüber den für die Haftung mit der allgemeinen Leistungskondiktion einschlägigen generellen Bestimmungen der §§ 812 ff. BGB bei den Voraussetzungen für den Schadensersatz, die Erstattung von Nutzungen und den Verwendungsersatz zwar gleichfalls auf die Rechtshängigkeit des Herausgabeanspruchs und die Unredlichkeit des Schuldners ab, aber scheinbar nicht oder jedenfalls nicht ausdrücklich auch auf die weiteren Voraussetzungen, die in den allgemeinen Bereicherungsvorschriften darüber hinaus sonst noch aufgeführt sind. Oben Note 613.

647) Dazu wieder oben bei Note 614 bis 616. Vgl. auch zu Note 636.

648) Darüber oben bei Note 617 bis 621. Vgl. auch zu Note 637.

Anders als im Verhältnis von Veräußerung und Verletzung des Rechts gilt diese gegenseitige Ausschließlichkeit von Opfersicherung und Eingriffsschutz im Verhältnis von Ausübungsüberlassung und Verletzung des Rechts keineswegs für selbstverständlich. Das hat seinen Grund darin, daß die wahre rechtliche Natur des Herausgabeanspruchs im Besitzrechtsmittlungsverhältnis bislang nicht klar erkannt worden ist: Dieser Herausgabeanspruch ist die allgemeine oder eine besondere Leistungskondiktion, in der ein sowohl der Vindikation als auch den beiden deliktsrechtlichen Herausgabeansprüchen voll ebenbürtiger Fortwirkungsanspruch aus dem Eigentumsrecht gesehen werden muß. Die Vernachlässigung der Lehre von der Ausübungsüberlassung und der Belastung des Rechts - was in Wahrheit freilich das gleiche bedeutet - war zudem wenig geeignet, diesen Systembezug offenlegen zu helfen: Kommt es doch entscheidend auf die Feststellung an, daß der Eigentümer sein Recht an der Sache schon mit deren Übergabe dem Besitzer zur Ausübung überläßt, und daß der Besitzer so lange zum Besitz berechtigt bleibt, bis er die Sache dem Eigentümer wieder zurückgegeben hat. Oder anders gewendet, wenn der Besitzer die Herrschaftsmacht über die Sache durch eine über das Eigentumsrecht verfügende Leistung des Eigentümers erlangt hat, bleibt es im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis von vornherein und ein für allemal ausschließlich bei der Haftungsregelung, die auf der allgemeinen oder einer besonderen Leistungskondiktion aufbaut. Erlangt er die Herrschaftsmacht über die Sache dagegen durch einen objektiven oder subjektiven Eingriff in das Eigentumsrecht, wird das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ausschließlich von der Haftungsregelung beherrscht, die ihren Ausgang von der Vindikation als besonderer Eingriffskondiktion oder von einem der beiden deliktsrechtlichen Herausgabeansprüche nimmt. Der Besitzer, der vom Eigentümer ein Grundstück zur Miete überlassen oder einen Wertgegenstand zum Pfand ausgehändigt erhalten hat, haftet dem Eigentümer auf Herausgabe, Erstattung eines Surrogats bei nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe, Schadenersatz wegen Verzuges und nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe und auf die Erstattung der Nutzungen ausschließlich nur der auf der allgemeinen oder einer besonderen Opferkondiktion aufbauenden Haftungsregelung im Rahmen der Opfersicherung. Entsprechendes gilt

unter denselben Voraussetzungen für die Haftung des Eigentümers gegenüber dem Besitzer auf den Ersatz von Verwendungen auf die Sache. Für die Ansprüche einer Haftungsregelung des Eingriffsschutzes ist hier dagegen selbst dann kein Raum, wenn das mit der Übergabe in Bezug genommene Mietverhältnis schon nicht wirksam zustandegekommen oder später wieder gekündigt worden ist, der Mieter aber weiterhin wohnen bleibt, oder wenn das Pfandrecht durch Anfechtung oder Begleichung der Schuld erloschen, die Pfandsache aber noch nicht wieder zurückgegeben worden ist.

aa) Inwiefern diese Abschichtung von Opfersicherung und Eingriffsschutz mit der längst fälligen umfassenden Neubestimmung des Begriffs des "Rechts zum Besitz" steht und fällt, haben wir schon ausführlicher erörtert. Darüber hinaus sind jedoch unter dem Eindruck der zentralen Stellung, welche die klassische Praxis und Schrifttum auch heute noch wesentlich bestimmende Doktrin der Vindikationsregelung zugewiesen hat, Grenzüberschreitungen dieser Haftung selbst in solchen Fällen nicht unterblieben, in denen an einem wenigstens zunächst einmal vorhandenen Recht des Besitzers zum Besitz noch nie zu zweifeln war und nie gezweifelt worden ist.

Anlaß zu einem derartigen, bezeichnenderweise offenbar einfach als zwangsläufig empfundenen Rückgriff auf die Vindikationshaftung erblickt man immer wieder in Sachverhalten, wo der berechtigte Fremdbesitzer im Umgang mit der Sachherrschaft die Schranken verläßt, die ihm das mit der Übergabe der Sache vom Eigentümer in Vollzug gesetzte Schuldverhältnis zieht. Beschädigt etwa der Verwahrer böswillig das ihm vom Hinterleger auf Grund eines gültigen Verwahrungsvertrages anvertraute Gut oder verschiebt er es an einen Hehler, so soll er durch diesen "Exzeß", wie man im Schrifttum formuliert hat, zum "nicht - so- berechtigten"Besitzer werden[649]. Da-

649) M. Wolff, Das Sachenrecht[9] (1932) § 85 I 1. Der Begriff des "nicht -so- berechtigten" Besitzers wird zunächst für die Nutzungshaftung geprägt (aaO zu FN. 4), später jedoch auf die Schadensersatzhaftung beim Exzeß des berechtigten Fremdbesitzers ausgedehnt (aaO FN. 20).

mit aber, so wird behauptet, sei er dem Eigentümer insoweit nicht nur mit der "Haftung aus Vertrag", sondern analog § 990 Abs. 1 i.V.m. § 989 BGB auch wieder mit der zunächst verdrängten Vindikationshaftung für den Schaden verantwortlich[650]. Die Judikatur hat demgegenüber, wie in der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Vindikationshaftung allgemein, auch in der Entwicklung der Lehre vom Fremdbesitzerexzeß[651] zunächst zwischen berechtigtem und nichtberechtigtem Besitz des Schädigers überhaupt nicht oder doch nicht deutlich unterschieden[652]. Inzwischen erkennt der Bundesgerichtshof diese Differenzierung, wie wir wissen, auch seinerseits als maßgeblich an. Dennoch will auch er in den hier interessierenden Fällen auf die Vindikationshaftung noch immer nicht ganz verzichten[653]. Dabei stützt er sich auf das Argument, der berechtigte Fremdbesitzer wandle durch seinen "Exzeß" seinen berechtigten Fremdbesitz in nichtberechtigten Eigenbesitz um[654]. Im ganzen setzt sich jedoch immer mehr die Überzeugung durch, daß man es auch insoweit allein mit berechtigtem Besitz zu tun hat, der keine Haftung

650) M. Wolff aaO § 85 II zu FN. 20 sowie dort 5 c. Ebenso für sowohl den "vertraglichen" als auch den "vindikatorischen" Schadensersatzanspruch heute noch Westermann, Sachenrecht §§ 31 III 2 b, 32 I.

651) Die eingehendste neuere Darstellung und Auseinandersetzung mit dieser Lehre findet sich bei Krause 106 ff.

652) RGZ 101, 307 ff.; 106, 149 ff.; 157, 132 ff.; BGH JZ 1951, 716 ff. m. Anm. Raiser. Hier findet sich überall eine Auseinandersetzung mit den Vindikationsvorschriften, nämlich zu der - durchweg bejahten - Frage, ob der Fremdbesitzerexzeß eine Überwindung der Haftungssperre des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB erlaube.

653) BGHZ 31, 129 ff. = JZ 1961, 124 f. m. Anm. Raiser. Dort werden (unter Berufung auf BGHZ 27, 317, 320 ff.) zunächst die §§ 987 ff. BGB für auf den unberechtigten Fremdbesitz unanwendbar erklärt (aaO 132). Dennoch aber bejaht das Gericht - eine etwaige Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB wäre verjährt gewesen - dann doch wieder eine Schadensersatzpflicht des "Exzedenten" nach § 990 Abs. 1 BGB (aaO 133 ff.). Vgl. auch schon BGH JZ 1951, 716 (717) (vorige Note).

654) Die spätere Umwandlung von Fremd- in Eigenbesitz soll als ein "Erwerb des Besitzes" im Sinne von § 990 Abs. 1 BGB anzusehen sein. So mit Betonung gerade des Eigenbesitzes für die Auslegung der §§ 987 ff. BGB aaO 133 ff., insbes. 135; vgl. schon oben Note 639. Zustimmend Westermann, Sachenrecht § 31 III 2 b.

nach den Vindikationsvorschriften zuläßt[655]. Jedenfalls aber spiegelt auch dieser Fragenkreis noch einmal die Unsicherheit der herrschenden Meinung wider, dem "Recht zum Besitz" klare und verläßliche Konturen abzugewinnen. Davon abgesehen läßt seine Behandlung auch die noch keineswegs ausgeräumte Neigung erkennen, aus dem Gesamtzusammenhang der gleichsam "in letzter Instanz" doch immer wieder für unentbehrlich gehaltenen Vindikationsregelung willkürlich einzelne Fragmente herauszubrechen. Darum ist hier noch einen Augenblick stehenzubleiben.

Wenn die herrschende Meinung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis mit einer "Haftung aus Vertrag" arbeitet, wird sie von der in langer Tradition gefestigten Vorstellung bestimmt, es handle sich um die Haftung aus einem Schuldverhältnis. Aber diese Vorstellung kann nicht aufrecht erhalten werden. In Wirklichkeit ist die hier gemeinte Haftung in ihrer Gesamtheit, also nicht nur der auf die Rückgabe der Sache gerichtete Rückabwicklungsanspruch des Eigentümers, sondern auch ein möglicher Surrogations-, Schadensersatz- oder Nutzungsanspruch des Eigentümers sowie ein Anspruch des Besitzers wegen Verwendungen auf die Sache, eine Haftung aus dem zur Ausübung überlassenen Eigentumsrecht. Das Sachherrschaftsrecht des Eigentümers und nicht ein Schuldverhältnis gibt die einheitliche Grundlage dieser Haftungsregelung der Opfersicherung ab. Und ebenso wie das Sachherrschaftsrecht des Eigentümers ist auch das ihm gegenüberstehende Herrschaftsrecht des Besitzers an derselben Sache, das persönliche oder dingliche Recht des Besitzers zum Besitz, für sich genommen von einem die beiden Beteiligten verbindenden Schuldverhältnis unabhängig. Wo ein solches Schuldverhältnis tatsächlich vorhanden ist, vermag es nur eine Ordnung zu statuieren, die Erfüllungsansprüche und Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung zur Folge hat. So ergibt sich für den Eigentümer etwa die Verpflichtung, die Überlassung seines Rechts zur Ausübung an den Besitzer vorzunehmen und fortan auf Zeit zu gewähren. Der Besitzer

655) Dietz, Anspruchskonkurrenz 190 ff., 193 ff.; Siber JhJ 89, 46/7; Raiser JZ 1951, 718; JZ 1961, 125/6; Festschr. Wolff 133/4; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 III 5 a sowie FN. 2; Baur, Sachenrecht § 11 B I 1; Krause 82, 107 ff.; Helm, Schäden an Frachtgütern 199/200.

wiederum mag die Verpflichtung haben, dafür ein Entgelt zu entrichten sowie auf die Sache nur innerhalb bestimmter Grenzen einzuwirken und für die Erhaltung der Sache Sorge zu tragen. Aus der Sicht des Besitzers heißt das: Nach der mit der Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts vom Eigentümer erlangten, berechtigten Herrschaftsmacht über die Sache richtet sich, was er kann. Nach dem Schuldverhältnis mit dem Eigentümer richtet sich, was er darf[656]. Setzt er sich über die Ordnung des Schuldverhältnisses hinweg, indem er die Sache beeinträchtigt oder aus der Hand gibt, ändert das an seinem an der Sache bestehenden Besitzrecht als solchem nichts[657]. Ob er sich als Fremdbesitzer oder als Eigenbesitzer betrachtet und geriert, mag allenfalls seinen Besitz verschieden "färben". Sein unmittelbares Recht zum Besitz bleibt davon ebenso vollständig unberührt wie das nur noch mittelbare Recht zum Besitz des Eigentümers[658]. Ein "nicht -so- berechtigter" Besitz ist genausowenig

---

656) In gleichem Sinne auch Dietz aaO 192/3.

657) Für den Fall der unbefugten Weggabe der Sache belegt das, wie wir schon gesehen haben, auch § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB. Denn diese Vorschrift erklärt sich gerade daraus, daß der nunmehrige Zwischenmann ungeachtet einer solchen Weggabe sein Recht zum Besitz behält. Oben zu Note 487 bis 491.

658) Besitz und als Herrschaftsrecht an der Sache zu begreifendes Recht zum Besitz sind also wieder scharf auseinanderzuhalten.

Der Besitz an einer Sache gründet sich immer auf die tatsächliche Herrschaftsmacht über diese Sache, die für sich betrachtet von der Art des Besitzwillens unabhängig ist. Darum ist es abwegig, wenn man mit BGHZ 31, 129 (133 ff.) und Westermann, Sachenrecht § 31 III 2 b (oben Note 654) im Wandel des Besitzwillens vom Fremd- zum Eigenbesitzwillen den Erwerb eines neuen Besitzes erblickt. Der vom Bundesgerichtshof behauptete grundsätzliche Wesensunterschied von Eigen- und Fremdbesitz existiert in Wahrheit nicht. Zurückhaltender auch Westermann selbst aaO §12III

Das Recht zum Besitz des Besitzers wird demgegenüber durch die Zuweisung der Herrschaftsmacht über die Sache konstituiert. Diese Zuweisung ist normativ zu verstehen. Ob hinter der von ihr umfaßten Sachherrschaft ein Eigen- oder ein Fremdbesitzwille steht, ist auf sie ohne Einfluß.

Dementsprechend rechtfertigt sich das vom Bundesgerichtshof gerade auf den Eigenbesitz gelegte Gewicht weder im Rahmen der von ihm zu Unrecht herangezogenen Vindikationsregelung noch im Rahmen der hier allein einschlägigen, auf einer Leistungskondiktion aufbauenden Haftungsregelung. Beidemal bleibt es sich vielmehr für die Haftung im Grundsatz vollkommen gleich, ob der Besitzer Eigen- oder Fremdbesitzer ist; oben Note 629 und 639.

anzuerkennen wie ein "nicht mehr berechtigter" Besitz.

Wenden wir das auf unser Beispiel des Verwahrers an, der die ihm anvertraute Sache beschädigt oder verschiebt. Oder gehen wir mit dem Sachverhalt der schon kritisierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs[659] davon aus, daß der auftraglose Geschäftsführer die in seine Obhut genommene Sache veräußert[660]. Oder nehmen wir etwa den Fall, daß der durch das Wohnungsamt eingewiesene Mieter von Geschäftsräumen die Schaufensterscheiben herausnimmt und verkauft oder anderweitig verbaut[661]. In all diesen Fällen ist der Besitzer mit der Erlangung der Sachherrschaft berechtigter Besitzer geworden, sei es kraft Rechtsgeschäfts schon allein dadurch, daß der Eigentümer ihm die Sache übergeben hat, sei es kraft einer unmittelbar auf dem Gesetz oder einer auf einem Hoheitsakt beruhenden Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts. Damit aber scheidet der Eingriffsschutz der Vindikationsregelung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis von vornherein und ein für allemal, also auch im Hinblick auf die spätere Verletzung des Eigentumsrechts, vollständig aus. Die sekundäre Deliktshaftung aus dem Eigentumsrecht nach § 990 Abs. 1 i.V.m. § 989 BGB, die sich immer nur an die mit einem objektiven Eingriff in das Eigentumsrecht ausgelöste Vindikation anschließen kann, läßt sich

---

659) BGHZ 31, 129 ff.

660) Die beklagte Bahn hatte gegen Ende des Krieges die durch eine Verfehlung des Bestimmungsbahnhofs in den Maschinenpark eines Bautrupps gelangten Feldbahnlokomotiven des klagenden Eigentümers auf Veranlassung des Bautrupps zur Rettung vor der heranrückenden russischen Armee nach Westdeutschland befördert und später dort verkauft.

Der Bundesgerichtshof ging von einer Dreiecksbeziehung aus: Der Bautrupp sei als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Eigentümer zur Übergabe der Loks an die Bahn befugt gewesen. Damit sei die Bahn berechtigte Besitzerin der Loks geworden (aaO 132). Indes ist das durch eine Geschäftsführung ohne Auftrag (im Gegensatz zu einer Geschäftsanmaßung) begründete Recht zum Besitz stets ein nur persönliches Besitzrecht. Mangels Verfügungsmacht war daher die Übergabe der Loks vom Bautrupp an die Bahn unwirksam. Wenn die Bahn trotzdem ein Recht zum Besitz erworben hatte, so deshalb, weil auch sie selbst als auftraglose Geschäftsführerin für den Eigentümer tätig geworden war. Dieses (persönliche) Recht zum Besitz war also in Wahrheit direkt aus dem Eigentum abgeleitet. Vgl. auch Raiser JZ 1961, 125/6.

661) BGZ 106, 149 ff. (oben Note 652).

hier nicht anwenden[662]. Wie verfehlt es ist, sie gleichwohl aus dem funktionellen Zusammenhang der Vindikationsregelung isoliert herauszugreifen, zeigt sich uneingeschränkt allerdings erst, wenn man in der Schadensersatzhaftung des durch das Schuldverhältnis insoweit nicht gedeckten Fremdbesitzers "aus Vertrag" nach § 695 i.V.m. § 280 BGB bzw. nach §§ 681 Satz 2, 667 Fall 1 i.V.m. § 280 BGB oder auch § 556 i.V.m. § 280 BGB ebenfalls eine Haftung aus dem Eigentumsrecht ermittelt hat: Nämlich die gleichfalls sekundäre Deliktshaftung der auf einer besonderen Leistungs- oder sonstigen Opferkondiktion aufbauenden Haftungsregelung im Rahmen der Opfersicherung[663]. Mit dieser aber ist allen Erfordernissen vollauf genügt[664].

Anders als die herrschende Ansicht will, ist wenigstens persönlich zum Besitz berechtigt der Besitzer jedoch auch, wenn das der Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts zugrunde gelegte Schuldverhältnis überhaupt nicht wirksam zustandekommer ist. So, wenn in unserem Beispiel der Verwahrungsvertrag des Besitzers mit dem Eigentümer etwa wegen Dissenses gescheitert ist oder wenn, wie zweimal zu entscheiden war[665], der Auftrag oder die Verwahrungsabrede bei der Aushändigung eines Geldbetrages gegen Vorschriften der Währungs-

---

662) Wenn der Bundesgerichtshof (BGHZ 31, 129 (133 ff.); oben zu Note 654 und 658) die nachträgliche Umwandlung von Fremd- in Eigenbesitz als einen neuen Erwerb des Besitzes im Sinne von § 990 Abs.1 BGB interpretiert, so verkennt er im übrigen auch, daß es hier gerade statt auf den Erwerb des Besitzes auf die Verletzung des Eigentumsrechts ankommt, welche die von der sekundären Deliktshaftung schon vorauszusetzende Vindikation aus dem Eigentumsrecht zur Folge hat.

663) Dazu, weshalb der Bundesgerichtshof (aaO) diese Haftung nicht erkannt und sich darum in Anbetracht der Verjährung möglicher Ersatzansprüche nach Deliktsrecht veranlaßt gesehen hat, trotz in Wahrheit nach wie vor berechtigten Besitzes auf § 990 Abs.1 BGB zurückzugreifen, oben Note 653 und 660. Das Reichsgericht hat in RGZ 106, 149 ff. die Opferhaftung heranzuziehen sich offensichtlich deshalb gescheut, weil das Mietverhältnis durch einen Hoheitsakt begründet worden war; ohne Grund, denn danach war dieses Mietverhältnis "ins Privatrecht entlassen". Das Gericht ist dann - trotz berechtigten Besitzes - auf die Haftungssperre des § 993 Abs.1 Halbs.2 eingegangen, hat diese hier für überwindbar erklärt und die Haftung des Besitzers auf § 823 Abs. 1 BGB gestützt.

664) Das gilt auch im Hinblick auf die Verjährung. Soweit man nicht auch hier zur normalen Verjährungsfrist von 30 Jahren kommt, vielmehr, wie etwa bei bloßen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache (§ 558 BGB), auf abgekürzte Fristen stößt, so hat das seinen Sinn und wird nur auf dem hier vorgeschlagenen Wege nicht wieder durchkreuzt.

665) RGZ 101, 307 ff.; BGH JZ 1951, 716 ff. (oben Note 652).

gesetzgebung verstoßen hat[666]. Geht hier der Besitzer in Unkenntnis der Nichtigkeit des Schuldverhältnisses und darum auch in aller Redlichkeit bezüglich seiner sofortigen, auf der allgemeinen Leistungskondiktion beruhenden Herausgabepflicht über das hinaus, was er vermeintlich auf Grund des Schuldverhältnisses darf, so haftet er gleichfalls nur im Rahmen der Opfersicherung: Beschädigt er die in seine Obhut genommene Sache oder bringt er sie in fremde Hände, oder gibt er das ihm anvertraute Geld abredewidrig aus, so muß er für den Schaden mit der sekundären Deliktshaftung aus dem Eigentumsrecht aufkommen, welche in die auf der allgemeinen Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB aufbauende Haftungsregelung hineingehört. Dabei hat man sich auf eine entsprechende Anwendung von § 820 Abs. 1 Satz 2 BGB zu stützen, womit man über §§ 818 Abs. 4, 292 Abs. 1 BGB zu § 989 BGB gelangt. Die Bestimmung des § 820 Abs. 1 Satz 2 BGB[667] behandelt zwar ausdrücklich nur den Fall, daß die spätere rückwirkende Auflösung eines zunächst vollwirksam vorhandenen Schuldverhältnisses von vornherein uneingeschränkt in Rechnung zu stellen ist. Der gleiche Gedanke muß aber sinngemäß nicht minder auch den Fall treffen, daß die ebenfalls von vornherein in Rechnung zu stellenden Schranken des vermeintlich später ohne Rückwirkung

---

666) JZ 1951, 716 (717) hat der Bundesgerichtshof unter Berufung darauf, daß die Ungültigkeit des zugrunde gelegten Schuldverhältnisses das "Besitzmittlungsverhältnis" (oder richtiger Besitzrechtsmittlungsverhältnis) unberührt läßt (oben zu Note 432), die Bemerkung gemacht, der Besitzer sei auch bei nichtigem Verwahrungsvertrag ein dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigter gutgläubiger Fremdbesitzer. Aber diese Bemerkung war nur beiläufig und ist ohne Folgen geblieben. Sie ist zudem unklar, da die herrschende Auffassung den guten Glauben des Besitzers auf sein Besitzrecht bezieht, gutgläubiger Fremdbesitz dann aber gerade voraussetzt, daß ein solches Besitzrecht fehlt. Zudem hat das Gericht die hier zu verneinen gewesene Frage der Gültigkeit des Verwahrungsvertrages offengelassen.

667) § 819 Abs. 2 BGB ist, wenn das zugrunde gelegte Schuldverhältnis, wie in RGZ 101, 307 ff. und BGH JZ 1951, 716 ff., wegen Gesetzesverstoßes nichtig ist, nicht anwendbar. Die Vorschrift bezieht sich auf § 817 Satz 1 BGB. Nach § 817 Satz 1 BGB aber soll sich der Schuldner, wie wir schon gesehen haben, trotz Erfüllung des vollwirksamen Schuldverhältnisses auf den in dieser Erfüllung gelegenen Rechtsgrund seiner Bereicherung nicht berufen dürfen. Bei nichtigem Schuldverhältnis ist hingegen schon keine Erfüllung gegeben und richtet sich die Herausgabepflicht des Schuldners nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB.

wieder aufzulösenden, in Wahrheit freilich schon gar nicht wirksam abgeschlossenen Schuldverhältnisses überschritten werden. Jedenfalls insoweit kann sich der Schuldner durch das von ihm irrtümlich als gültig vorhanden vorausgesetzte Schuldverhältnis nie als gedeckt betrachten[668]. Wie gesagt, handelt es sich dann aber nur um die Opfersicherung, mag deren Darstellung im Gesetz auch technisch auf die Vindikationsvorschriften verweisen[669].

Auch die Fälle des Exzesses des berechtigten Fremdbesitzers lassen sich sonach ohne eine funktionswidrige Überdehnung der Vindikationsvorschriften lösen. Voraussetzung dafür ist freilich, daß man das Recht zum Besitz konsequent von der Übergabe der Sache her bestimmt, die als Leistung einem Eingriff in das Recht gegenübersteht. Hält man diese Voraussetzung ein, ergibt sich die richtige Abgrenzung von Opferhaftung auf der einen und Eingriffshaftung mit der Vindikationsregelung auf der anderen Seite von selbst.

Im übrigen kommt man allein bei diesem Ausgangspunkt auch mit dem Verwendungsersatz nach §§ 994 ff. BGB wirklich zurecht, der eben-

668) Das Reichsgericht (aaO) und der Bundesgerichtshof (aaO) haben diese sekundäre Schadensersatzpflicht im Rahmen der auf der allgemeinen Leistungskondiktion aufbauenden Opferhaftung nicht gesehen. Sie stützen die Schadensersatzhaftung vielmehr wieder mit der Erklärung, beim Exzeß des - hier in Wahrheit berechtigten - Fremdbesitzers sei die Haftungssperre des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB nicht unüberwindlich, auf § 823 Abs. 1 BGB.

Etwas anderes ist, daß in diesen beiden Fällen der Schadensersatzanspruch des Eigentümers zwar vorhanden, aber nicht durchsetzbar war: Richtigerweise hätte der Eigentümer hier mit seinem Begehren nach § 817 Satz 2 BGB nicht gehört werden dürfen, weil er mit der Hingabe des Geldes gegen das Gesetz verstoßen hatte. Denn wird ihm bei solcher Sachlage, wie früher darzulegen war, schon die Möglichkeit versagt, den ursprünglichen Herausgabeanspruch zu erzwingen, kann auch für den statt dessen eingreifenden Schadensersatzanspruch wegen Unmöglichkeit der Herausgabe nichts anderes gelten. Jedenfalls aber ist das keine Ausdehnung des Grundgedankens von § 817 Satz 2 BGB auf die Vindikationshaftung. Die Vindikationshaftung ist hier schon von vornherein ausgeschlossen.

669) Damit hat man es auch hier (vgl. oben Note 664) mit einer dreißigjährigen Verjährungsfrist zu tun - das gleiche Ergebnis, zu dem in BGHZ 31, 129 ff. der Bundesgerichtshof mit der verfehlten unmittelbaren Anwendung der Vindikationsvorschriften gelangt.

falls immer wieder besondere praktische Schwierigkeiten aufgeworfen hat[670]. Macht der Verwahrer Verwendungen auf das Gut, um es vor dem drohenden Verderb zu retten, so ist ihm der Hinterleger allein im Rahmen der Opfersicherung nach § 693 BGB zum Ersatz verpflichtet, und dies selbst dann, wenn der Hinterleger den Herausgabeanspruch nach § 695 BGB zuvor schon erhoben und damit den Schuldvertrag aufgelöst hatte. War der Vertrag nicht wirksam zustandegekommen, kann der dann mit der allgemeinen Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB herausgabepflichtige Besitzer seine Verwendungen analog § 820 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 818 Abs. 4, 292 Abs. 2, 994 Abs. 2 BGB vom Eigentümer ersetzt verlangen. Jedenfalls aber ist der Besitzer durchgängig bis zur Rückgabe der Sache zum Besitz berechtigt. Er unterliegt daher zu keiner Zeit der Vindikation des Eigentümers nach § 985 BGB, während umgekehrt aber auch der Eigentümer zu keiner Zeit dem vindikatorischen Anspruch des Besitzers auf Verwendungsersatz nach §§ 994 ff. BGB ausgesetzt ist[671]. Sofern man hier auf diese

670) Dazu insbesondere: RGZ 142, 417 ff.; BGHZ 27, 317 ff.; 34, 122 ff; 41,157 ff. Aus dem Schrifttum: Westermann, Sachenrecht § 33; Baur, Sachenrecht § 11 A II 5 und 6, B I 1 und 2, C IV; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 86; Raiser JZ 1958, 681 ff. und JZ 1961, 529 ff.; Müller, Verwendungsanspruch und Kreditrisiko, Festschrift für Friedrich Lent (1957) 179 ff.; Schönfeld JZ 1959, 301 ff.; Firsching AcP 162, 440 ff.; Beuthien, Verwendungsansprüche des nunmehr und des früher unrechtmäßig besitzenden Werkunternehmers, JR 1962, 255 ff.; derselbe, Verwendungsansprüche des Werkunternehmers bei Rücktritt vom Vorbehaltskauf?, BB 1962, 983 ff.; Kraft, Verwendungsansprüche des Werkunternehmers gegen den Eigentümer der reparierten Sache, NJW 1963, 1849 ff.; M. Wolf AcP 166,188 ff.; Jakobs AcP 167, 350 ff.

671) Das wird mit der herrschenden Auffassung in RGZ 142,417 (422) und BGHZ 34, 122 (130) bei jedenfalls zunächst vollgültig vorhandenem Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer im Ergebnis anerkannt. Die Begründung lautet, in einem solchen Fall werde "das nach den sachenrechtlichen Vorschriften sonst zustandekommende Rechtsverhältnis ohne weiteres ersetzt durch die zwischen Besitzer und Eigentümer besonders vereinbarte schuldrechtliche Regelung" (BGH aaO). Tatsächlich ist das nichts anderes als die Alternativität von Opfer- und Eingriffshaftung aus dem Eigentumsrecht. Dementsprechend kommt es hier, ebenso wie wenn es schon von vornherein an einem gültigen Schuldverhältnis zwischen Besitzer und Eigentümer fehlt oder wenn der Besitzer die Sache überhaupt nicht vom Eigentümer, sondern von einem Dritten erlangt hat und eine direkte Vertragsbeziehung zwischen Eigentümer und Besitzer ohnehin nicht in Betracht kommt, darauf an, daß der Besitzer bis zur Rückgabe der Sache zum Besitz berechtigt bleibt. In dem zuletzt genannten Fall einer Dreiecksbeziehung hebt im Gegensatz zum Reichsgericht auch der Bundesgerichtshof statt auf das mögliche Zusammentreffen gleichlaufender Ansprüche auf die Frage ab, ob der Besitzer zum Besitz berechtigt ist (BGH aaO 128 ff.). Hierzu auch schon oben Note 569

Vorschriften der Vindikationsregelung zum Verwendungsersatz stößt, ist das immer nur das Ergebnis der rechtstechnischen Verweisung. Für den Eingriffsschutz selbst ist neben der Opfersicherung kein Platz.

bb) Muß der Gedanke, man könne den berechtigten Besitzer außer der "Haftung aus Vertrag" zumindest ausnahmsweise auch der Vindikationshaftung aussetzen, heute schon als endgültig erschüttert gelten, ist das im Verhältnis zur Deliktshaftung anders. Rechtsprechung und herrschende Lehre gehen mit immer noch ungebrochener Selbstverständlichkeit davon aus, daß ein solcher Besitzer neben der "Vertragshaftung" nicht nur der Deliktshaftung nach §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB, sondern auch der Haftung mit dem gewöhnlichen Deliktsanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB unterworfen ist. Diese uneingeschränkte Haftungskonkurrenz von "Vertrag" und "Delikt"[672] war freilich keineswegs immer schon fraglos hingenommen worden. Im älteren Schrifttum hat man hier vielmehr immerhin vereinzelt eine Haftungskonkurrenz überhaupt geleugnet[673] oder doch erheblich eingeengt. So gab es Stimmen, welche sie zwar bezüglich der Haftung nach §§ 823 Abs. 2, 826 BGB anerkannt sehen wollten, die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB dagegen neben dem "Vertrag" für unanwendbar erklärt haben[674]. Und auch in neuester Zeit hat sich die herrschende Ansicht wieder Kritik gefallen lassen müssen[675].

672) Aus der ständigen Rechtsprechung etwa: RGZ 86, 433 ff. (grundlegend); BGHZ 9, 301 (302); 24, 186 (191); 32, 194 (203). Aus dem Schrifttum vor allem: Dietz, Anspruchskonkurrenz, insbes. 125 ff. und Problem der Konkurrenz 181 ff.; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 232; Esser, Schuldrecht § 201, 3 g; Larenz, Schuldrecht II § 69 VI; Fikentscher, Schuldrecht § 102 V 1 a und 6; Eichler AcP 162, 401 ff.; Soergel-Siebert-Lindenmaier-Schräder, 39 vor § 823. Ob diese Haftungskonkurrenz jeweils als Anspruchs- oder Begründungskonkurrenz verstanden wird, kann hier dahingestellt bleiben.

673) Siber, Passivlegitimation 229 ff.; v. Tuhr, Allgemeiner Teil I § 16 I 4 b (277), II 2 § 88 III 2 c (464).

674) So namentlich Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I[8] (1927) § 231 I 4.

675) Helm, Schäden an Frachtgütern 301 ff. Er faßt seine Ansicht - freilich nicht ganz klar - zunächst dahin zusammen, daß bei Deckung von Vertrags- und Deliktshaftung "allenfalls ein einheitlicher Anspruch aus zwei Rechtsgründen" bestehe, fährt dann aber fort, zumindest im Ergebnis müsse "die Haftung aus unerlaubter Handlung der vertraglichen weichen". So aaO 312.

Dabei ist wieder an die Fälle eines "Exzesses" des Fremdbesitzers zu denken. Auf der Basis des vollen Nebeneinanders von "vertraglicher" und "deliktischer" Schadensersatzhaftung[676] hat die Rechtsprechung - zunächst, wie schon gesagt worden ist, ohne strenge Unterscheidung nach berechtigtem und nichtberechtigtem Besitz - für solche Fälle eine eigene Doktrin entwickelt, die dann auch in die Lehre eingegangen ist. Danach soll bei einem Exzeß des Fremdbesitzers die durch die Vorschaltung von § 992 BGB auch gegenüber der Deliktshaftung wirkende Haftungssperre des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB einer Haftung des Besitzers nach § 823 Abs. 1 BGB nicht entgegenstehen[677]. Hält man demgegenüber mit der heute von der Praxis ebenfalls akzeptierten herrschenden Ansicht berechtigten und nichtberechtigten Besitz scharf auseinander und beschränkt die Vindikationsvorschriften auch hier auf den nichtberechtigten Besitzer allein, läßt sich auch aus den Bestimmungen der §§ 992 und 993 Abs.1 Halbs. 2 BGB im besonderen nur für den nichtberechtigten Besitzer eine Aussage gewinnen. Um das Sachproblem der Haftung des exzedierenden Besitzers bei berechtigtem Fremdbesitz zu lösen, kann die Fremdbesitzerdoktrin nicht mehr herangezogen werden. Aber sie braucht es dann auch nicht. Bei berechtigtem Fremdbesitz ist, was sich auch bereits weitgehend durchgesetzt hat, die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB vielmehr schon von vornherein ohne den Umweg über die Vindikations-

676) So für die Exzeßfälle insbesondere: RGZ 101, 307 (311); 157, 132 (135); Dietz, Anspruchskonkurrenz 207 ff.; Siber JhJ 89, 45, 78/9 (anders noch Passivlegitimation 229 ff.; oben Note 673); Raiser, JZ 1951, 718; Festschr. Wolff 133/4; JZ 1961, 125; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 III 5 a; Heck, Sachenrecht § 69, 2; Baur, Sachenrecht § 11 B I 1; Fikentscher, Schuldrecht § 102 V 3; Esser, Schuldrecht § 201, 3 i; Krause 107.

677) RGZ 101, 307 (309 ff.); 106, 149 (152/3); 157, 132 (135); BGH JZ 1951, 716 (717); oben Note 652. In BGHZ 31, 129 (132) hat der Bundesgerichtshof diese Frage nur deshalb nicht weiter verfolgt, weil eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB schon verjährt gewesen wäre; oben Note 653.

vorschriften zu erreichen[678]. Und an diesem Ergebnis hält man fest. Wenn also ein so unbestritten zum Besitz berechtigter Fremdbesitzer wie gerade etwa der Verwahrer, dem der Hinterleger seine Sache auf Grund gültiger Schuldabrede übergeben hat, diese Sache beschädigt oder in die Hände eines Hehlers wandern läßt, so soll es unerläßlich sein, ihn nicht nur "vertraglich", sondern nach § 823 Abs. 1 BGB auch "deliktisch" auf Schadensersatz in Anspruch nehmen zu können. Ähnlich wie uns das im Vergleich von "vertraglichem Schuldverhältnis" und Vindikationsregelung schon beschäftigt hat, kann man damit allerdings auch hier wieder in höchst unbequeme Überschneidungen hineingeraten. So haftet der unentgeltliche Verwahrer dem Hinterleger trotz Fahrlässigkeit "vertraglich" nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 690 BGB). Deliktsrechtlich hat er ihm für jedes Verschulden einzustehen. Die "vertragliche" Haftung verjährt teils in der normalen Frist von 30 Jahren, teils - wie bei bloßen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache (§ 558 BGB) - schon in 6 Monaten. Die deliktsrechtliche Haftung verjährt dagegen in 3 Jahren (§ 852 BGB). Hält man die Prämisse der uneingeschränkten Haftungskonkurrenz von "vertraglicher" und "deliktischer" Haftung in einem solchen Eigentümer-Besitzer-Verhältnis aufrecht, lassen sich diese Widersprüche nicht überzeugend ausräumen.

In Wirklichkeit ist hier jedoch die Deliktshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB völlig auszuschließen, womit sich die Schwierigkeiten mit

678) Raiser, Festschr. Wolff 133/4 und FN. 34; JZ 1951, 718 und 1961, 125; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 III 5 a und FN. 34; Baur, Sachenrecht § 11 B I 1; Esser, Schuldrecht § 201, 3 i Krause 107; Helm, Schäden an Frachtgütern 218 FN. 95.

Zum gleichen Resultat gelangt auch Dietz, Anspruchskonkurrenz, der aaO 195 ff., insbes. 195 und 200 die §§ 992 und 993 BGB zwar auch auf den berechtigten Besitzer anwenden will, zugleich aber aaO 207 ff. den § 992 auf den Eigenbesitzer beschränkt. Das ist unhaltbar. §§ 992 und 993 können ebenso wie die übrigen Sondervorschriften der Vindikationshaftung nur auf den nichtberechtigten Besitzer bezogen werden und geben ebenso wie diese für eine Unterscheidung von Eigen- und Fremdbesitz nichts her.

unterschiedlichen Haftungsmaßstäben und Verjährungsfristen ebenso wie entsprechend schon durch den Ausschluß der Vindikationshaftung von selbst erledigen. Die Zwangsläufigkeit dieser Lösung liegt allerdings erst dann zutage, wenn man auch die "Haftung aus Vertrag" als eine Haftung aus dem zur Ausübung überlassenen Eigentumsrecht analysiert hat. Denn neben dieser Haftung aus dem Eigentumsrecht im Rahmen der Opfersicherung ist eine weitere Haftung aus dem Eigentumsrecht nach § 823 Abs. 1 BGB nicht nur überflüssig, sondern um deren entgegengesetzter Funktion eines Eingriffsschutzes willen auch gar nicht zulässig. Mit der Übergabe wird eine Leistungskondiktion ausgelöst, auf der eine eigenständige, einheitlich im Eigentumsrecht gründende Haftungsregelung aufbaut. Diese Haftungsregelung der Opfersicherung beherrscht das einmal entstandene Eigentümer-Besitzer-Verhältnis von vornherein und ein für allemal, bis es mit der Rückgabe der Sache wieder aufgehoben wird. Eine Schadensersatzhaftung aus dem subjektiven Eigentumsrecht, die an ein der Erlangung der Sachherrschaft durch Übergabe nachfolgendes Verhalten des "exzedierenden" Besitzers anknüpft, kann nur die sekundäre Deliktshaftung wegen nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe im Rahmen der Opfersicherung sein - eine Haftung also, welche sich an die primäre Bereicherungshaftung auf Herausgabe anschließt. Wollte man den Besitzer für ein der Erlangung der Sachherrschaft erst nachfolgendes Verhalten mit der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB belangen, könnte es sich nur um die entsprechende sekundäre Deliktshaftung im Rahmen des Eingriffsschutzes handeln: Die Schadensersatzpflicht wegen Unmöglichkeit der Herausgabe nach §823 Abs. 1 i.V.m. § 280 BGB, welche auf die primäre, mit der Erlangung der Sachherrschaft durch einen subjektiven Eingriff in das Eigentumsrecht ausgelöste deliktsrechtliche Haftung auf Herausgabe nach § 823 Abs. 1 i.V.m. § 249 BGB folgt. Dieser gewöhnliche Deliktsanspruch und die auf ihm aufbauende Haftungsregelung scheiden jedoch im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis a priori aus, wenn der Besitzer die Sachherrschaft wie hier nicht durch einen Eingriff, sondern durch eine wirksame Leistung erlangt hat.

Beschädigt also der Verwahrer mutwillig die ihm anvertraute Sache oder veräußert er sie heimlich an einen Hehler, so haftet er dem

Hinterleger entgegen der herrschenden Ansicht allein nach § 695 i. V.m. § 280 BGB. Entsprechend liegt es, wo die Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts statt auf eine Übergabe der Sache auf einen Hoheitsakt oder schon unmittelbar auf das Gesetz zurückgeht. Nimmt etwa der vom Wohnungsamt eingewiesene Mieter die Fenster heraus[679], ist er dafür ausschließlich nach § 556 i.V.m. § 280 BGB verantwortlich[680]. Verkauft der Geschäftsführer ohne Auftrag das in seine Obhut genommene Gut des Eigentümers[681], haftet er nach §§ 681 Satz 2, 667 Fall 1 i.V.m. § 280 BGB, wiederum nach § 823 Abs. 1 BGB hingegen auch dann nicht, wenn die Verjährungsfrist für unerlaubte Handlungen noch nicht verstrichen ist[682]. Und immer noch im Gegensatz zur herrschenden Meinung ist die auf § 823 Abs. 1 BGB gegründete Deliktshaftung auch nicht etwa für den Fall unentbehrlich, daß der Verwahrungsvertrag oder das sonstige Schuldverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem exzedierenden Fremdbesitzer nicht wirksam zustandegekommen war[683]. Dann richtet sich die Haftung dieses gleichwohl schon allein kraft der Übergabe der Sache vom Eigentümer zum Besitz berechtigten Besitzers vielmehr ausschließlich nach § 812 Abs.1 Satz 1 Fall 1 i.V.m. §§ 820 Abs. 1 Satz 2, 818 Abs.4, 292 Abs. 1, 989 BGB[684]. All

---

679) RGZ 106, 149 ff. (zuletzt oben Note 677).

680) Das Reichsgericht nahm eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB an; aaO 153. Dazu im übrigen schon oben Note 663.

681) BGHZ 31, 129 ff. (zuletzt oben Note 677) und dazu oben Note 660.

682) Während der Bundesgerichtshof sich an der Anwendung von § 823 Abs. 1 BGB nur durch die Verjährung gehindert sah; aaO 132. Er stützte die Haftung statt dessen auf § 990 Abs. 1 BGB; aaO 133 ff. Auch nach der im Text vertretenen Auffassung gelangt man grundsätzlich zur normalen Verjährungsfrist von 30 Jahren. Im übrigen dazu wieder oben Note 664.

683) So aber RGZ 101, 307 (311); BGH JZ 1951, 716 (717); zuletzt oben Note 677, zu BGH aaO auch oben Note 666. Gerade hier schien die Notwendigkeit einer Überwindung der Haftungssperre aus § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB unwiderleglich zu sein; oben Note 668.

684) Wegen der Verjährung oben Note 669. Vgl. auch oben Note 682.
Auf einem anderen Blatt steht, daß in RGZ 101, 307 ff. und BGH JZ 1951, 716 ff. der Eigentümer mit seinem an sich vorhandenen Schadensersatzanspruch wegen Gesetzesverstoßes nach § 817 Satz 2 BGB nicht hätte gehört werden dürfen; dazu wieder oben Note 668. Mit einer Ausdehnung des Gedankens des § 817 Satz 2 BGB auf die Haftung nach § 823 BGB hat das aber ebensowenig zu tun wie mit einer solchen auf die Vindikationshaftung. Die bereicherungs- und deliktsrechtliche Eingriffshaftung scheidet hier von vornherein aus.

dem gegenüber käme eine vergleichbare Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB etwa dort in Betracht, wo der Besitzer die Sache gestohlen hat und sie später aus Angst vor Entdeckung vernichtet. Aber auch dann wäre dies schon die sekundäre Deliktshaftung.

Die zur Überwindung der Haftungssperre des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB entwickelte Doktrin des Fremdbesitzerexzesses ist sonach in einem doppelten Sinn zu revidieren. Einmal sind die Fälle berechtigten und nichtberechtigten Besitzes eindeutig auseinanderzuhalten. Für den berechtigten Besitzer ist die vor der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB aufgerichtete Haftungssperre des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB ohnehin bedeutungslos. Erst recht darf, wie schon behandelt, die an sich anerkannte Unterscheidung von berechtigtem und nichtberechtigtem Besitz nicht unter Berufung auf den nachträglich gewandelten Besitzwillen des Schädigers wieder unterlaufen werden, um auf diese Weise den in Wahrheit nach wie vor berechtigten Fremdbesitzer sogar der vindikatorischen Schadensersatzhaftung auszusetzen[685]). Zum andern und vor allem: Das Sachproblem der Haftung des exzedierenden Fremdbesitzers, das unabhängig von der mit dem gleichen Namen, aber eben auch schon mit einer bestimmten Lösung verbundenen Doktrin gesehen werden muß, ist bei berechtigtem Besitz auch nicht mit einem unmittelbaren Zugriff auf die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB zu bewältigen. Diese Haftung scheidet als Eingriffshaftung hier ebenso wie die Vindikationshaftung aus. Schält man aus der jeweiligen "Haftung aus Vertrag" im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis eine besondere Erscheinungsform der Opfersicherung des Eigentumsrechts heraus, erweist sich eine Verdoppelung des Eigentumsschutzes durch die Deliktshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB als entbehrlich und systemwidrig zugleich. Und dieselbe Opferhaftung kommt, wennschon dann in ihrer allgemeinen Erscheinungsform, auch dort allein zum Zuge, wo es an einer gültigen schuldvertraglichen Beziehung fehlt.

cc) Nicht allein systematisch folgerichtig, sondern auch sachlich angemessen ist es, neben der "Haftung aus Vertrag" außerdem auch

685) Dies noch einmal gegen BGHZ 31, 129 (133 ff.).

die Haftung mit dem eigengearteten deliktsrechtlichen Anspruch wegen Geschäftsanmaßung nach § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht zuzulassen. Demgegenüber nimmt die herrschende Ansicht auch insoweit ein Nebeneinander beider Haftungen ohne weiteres hin[686].

Folgt man der herrschenden Meinung, kann der Eigentümer den berechtigten Besitzer, dem er sein Gut in Verwahrung gegeben und der dieses dann gegen ein lukratives Entgelt einem Hehler zugespielt hat, für einen solchen "Exzeß" nach § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB auf die Erstattung des gesamten Erlöses in Anspruch nehmen[687]. Das bedeutet für den Eigentümer den Vorzug, daß er seinen Schaden nicht im einzelnen dartun muß, sondern kurzerhand auf den gesamten vom Besitzer erzielten Erlös greifen kann.

Hier aber setzen notwendig Zweifel ein. Eine derartige Vergünstigung ist tatsächlich nur dort zu rechtfertigen, wo sich die Rechtsverfolgung für den Eigentümer ohne sein Dazutun besonders unübersichtlich gestaltet. Das ist gewiß gegenüber einem Besitzer der Fall, an den der Eigentümer die Sache unfreiwillig verloren hat oder an den sie ohne den Willen des Eigentümers weitergewandert ist. Gegenüber einem Besitzer, dem der Eigentümer die Sache selbst übergeben hat, trifft das jedoch nicht zu. Gibt hier der Besitzer später die Sache weiter, ist der Eigentümer darum wieder allein auf die aus seinem zur Ausübung überlassenen Eigentumsrecht fließende sekundäre Deliktshaftung des Besitzers zu beschränken, die sich hinter der "Haftung aus Vertrag" in Wahrheit verbirgt: Die Haftung auf Schadensersatz wegen nachträglicher Unmöglichkeit der ursprünglich mit einer Leistungskondiktion geschuldeten Herausgabe. Die entsprechende deliktsrechtliche Haftung wegen Geschäftsanmaßung auf Erstattung desjenigen, was er später durch die Weggabe der Sache erzielt hat, könnte demgegenüber nur die gleichfalls schon sekundäre Deliktshaftung nach § 687 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 681 Satz 2, 667 Fall 2 BGB sein.

686) Dies gilt als so selbstverständlich, daß es im allgemeinen gar nicht besonders erörtert wird. Vgl. auch RGZ 138, 45 (48/9).

687) Unter dem Gesichtspunkt des Fremdbesitzerexzesses wird die Haftung nach § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB in RGZ 101, 307 (312) angesprochen, jedoch offengelassen.

Das würde voraussetzen, daß er zuvor schon die Herrschaftsmacht über die Sache durch einen subjektiven Eingriff in das Recht des Eigentümers erlangt hätte. Er hätte mit anderen Worten dem Eigentümer bis dahin bereits mit dem primären Anspruch wegen Geschäftsanmaßung nach § 687 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 681 Satz 2, 667 Fall 1 BGB deliktsrechtlich herausgabepflichtig gewesen sein müssen. Wo ihm aber die Sachherrschaft durch eine Leistung des Eigentümers zugefallen ist, wird in seinem Verhältnis zum Eigentümer die auf diesem deliktsrechtlichen Herausgabeanspruch aufbauende Haftungsregelung des Eingriffsschutzes von vornherein und ein für allemal vollständig durch die Haftungsregelung der Opfersicherung ausgeschlossen, die ihren Ausgang bei der mit der Leistung entstandenen Leistungskondiktion nimmt. Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz also auch hier.

Deshalb haftet der Verwahrer, der wie in unserem Beispiel die ihm vom Hinterleger anvertraute Sache einem Hehler zugespielt hat, dem Hinterleger nur nach § 695 i.V.m. § 280 BGB, mag er auch einen den Wert der Sache bei weitem übersteigenden Erlös erzielt haben[688]. Wäre der Verwahrungsvertrag zwischen Eigentümer und Besitzer nicht wirksam zustandegekommen, würde dieser allein nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 i.V.m. §§ 820 Abs. 1 Satz 2, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB haften[689]. Auf den vollen Erlös kann der Eigentümer dagegen nach § 687 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 681 Satz 2, 667 Fall 2 BGB einen Dieb oder Hehler in Anspruch nehmen, der die Sache seinerseits weiterverschoben hat.

Neben der Haftungsregelung der Opfersicherung ist somit auch für die auf dem Anspruch wegen Geschäftsanmaßung nach § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB aufbauende Haftungsregelung des Eingriffsschutzes kein Raum.

---

688) Der Eigentümer hat gegen den Besitzer auch keinen Anspruch auf Erstattung eines Surrogats. Die Haftung des Besitzers nach § 281 BGB setzt voraus, daß die Veräußerung an den Dritten wirksam war.

689) Um einen nichtigen Vertrag zwischen Eigentümer und Besitzer handelte es sich in RGZ 138, 45 ff. (oben Note 686), wo das Reichsgericht a.a.O. 48/9 eine Haftung nach § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB angenommen hat.
Ist die vom Besitzer vorgenommene Veräußerung an den Dritten unwirksam, hat der Eigentümer auch keinen Surrogationsanspruch nach § 816 Abs. 1 BGB gegen den Besitzer: vgl. vorige Note.

dd) Wenn, wie wir vorstehend auseinandergesetzt haben, im Verhältnis von Eigentümer und berechtigtem Besitzer nicht allein mit der heute herrschenden Meinung die Vindikationshaftung, sondern darüber hinaus auch die auf § 823 Abs. 1 BGB gestützte gewöhnliche Deliktshaftung und die von § 687 Abs. 2 BGB umschriebene deliktsrechtliche Sonderhaftung auszuschließen ist, so ist auch dies wieder nicht auf den Nenner eines "Ausschlusses der Widerrechtlichkeit" zu bringen[690]. Die dann allein einschlägige Opfersicherung und der Eingriffsschutz des Eigentumsrechts schließen vielmehr einander schon "tatbestandlich" aus[691].

Im übrigen ergibt sich dieselbe strenge Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz wiederum auch dann, wenn der Besitzer sein Recht zum Besitz nicht direkt vom Eigentümer, sondern von einem Dritten ableitet. Dann nämlich wird das Verhältnis von Zwischenmann und Besitzer allein von der auf der allgemeinen oder einer besonderen Leistungskondiktion aufbauenden Haftungsregelung der Opfersicherung beherrscht, die ihre einheitliche Grundlage in dem als Sachherrschaftsrecht zu verstehenden Besitzrecht des Zwischenmanns hat. Demgegenüber scheiden sowohl im Verhältnis von Eigentümer und Besitzer als auch im Verhältnis von Zwischenmann und Besitzer die bereicherungs- und deliktsrechtlichen Haftungsregelungen des Eingriffsschutzes, die auf dem Sachherrschaftsrecht des Eigentümers und demjenigen des Zwischenmanns beruhen, von vornherein und ein für allemal aus. Auch das ist noch etwas näher auszuführen.

Nehmen wir etwa an, der Nießbraucher habe das Grundstück verpachtet, der Mieter das Haus mit Einwilligung des Eigentümers weitervermietet, der Vorbehaltskäufer das gekaufte Kraftfahrzeug mit Genehmigung des Vorbehaltseigentümers in Reparatur gegeben[692], oder auch,

690) Vgl. oben zu Note 622.
691) Vgl. oben zu Note 623.
692) Ob er dies auch kraft eigener Verfügungsmacht kann, läßt sich nicht sicher sagen, solange der hinter dem "Anwartschaftsrecht" des Vorbehaltskäufers verborgene neue Typus eines beschränkt dinglichen Sachherrschaftsrechts noch nicht ganz fertig ausgebildet ist; zuletzt oben Note 481.

der Verwahrer habe das ihm vom Eigentümer anvertraute Gut einem Hehler zugeleitet und dieser habe es einem Gutgläubigen verpfändet: In all diesen Fällen[693] haftet der neue Besitzer auf Herausgabe, Erstattung eines Surrogats bei nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe, Schadensersatz wegen Verzuges oder nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe und Erstattung von Nutzungen weder dem Eigentümer noch dem zum Besitz berechtigten Zwischenmann, von dem er die Sache übergeben erhalten hat, mit der Eingriffshaftung. Er haftet vielmehr allein dem Zwischenmann mit der auf dessen Recht zum Besitz beruhenden Opferhaftung, soweit er nicht durch das in dieser Beziehung bei der Übergabe zugrunde gelegte Schuldverhältnis - also den Pacht-, Miet-, Werk- oder Sicherungsvertrag - gedeckt wird[694]. Umgekehrt kann der Besitzer im Rahmen des Eingriffsschutzes weder den Eigentümer noch den Zwischenmann wegen Verwendungen auf die Sache in Anspruch nehmen. Ein solcher Anspruch kann dem Besitzer vielmehr immer nur im Rahmen der Opfersicherung gegen den Zwischenmann zustehen, soweit er diesem gegenüber für die Verwendungen nach dem zugrunde gelegten Schuldverhältnis nicht selbst aufzukommen hat, und ist dann gleichfalls aus dem Sachherrschaftsrecht des Zwischenmannes zu entwickeln. Die auf dem Eigentumsrecht fußenden Ansprüche der Vindikationsregelung und der beiden deliktsrechtlichen Haftungsregelungen sowie die aus dem Drittbesitzrecht des Zwischenmanns erwachsenden Ansprüche der wiederum dieses Sachherrschaftsrecht schützenden, entsprechenden Haftungsregelungen des Eingriffsschutzes müssen hier vollständig außer Betracht bleiben. Dies gilt auch dann, wenn der Pacht- oder Untermietvertrag gekündigt oder wegen Betruges angefochten worden, der Werkvertrag schon gar nicht wirksam zustandegekommen oder die mit dem Pfand gesicherte Schuld wieder beglichen worden ist. Ebenso liegt es aber auch, wenn der Nießbrauch später erloschen oder der Hauptmietvertrag von vornherein nichtig gewesen oder der Vorbe-

693) Über derartige Dreiecksbeziehungen schon oben zu Note 472 bis 486, insbesondere Note 478 bis 481.

694) Vgl. zur Diskussion dieser Alternativität von Eingriffs- und Opferhaftung am Beispiel des gutgläubigen Erwerbs oben Note 624. Was dort gesagt wurde, trifft entsprechend auch hier zu, also gerade etwa auch für den Fall, daß der Zwischenmann dem Besitzer ein kraft dessen guten Glaubens wirksam entstandenes Pfandrecht bestellt hat.

haltskaufvertrag durch Rücktritt des Eigentümers aufgelöst worden ist. Und nicht anders ist es schließlich selbst dann, wenn sowohl der Haupt- als auch der Untermietvertrag schon von Anbeginn unwirksam gewesen oder sowohl der Vorbehaltskauf- als auch der Werkvertrag nachträglich wieder aufgelöst worden sind. Solange der Besitzer die Sache noch nicht wieder zurückgegeben hat, bleibt er nach wie vor zumindest persönlich zum Besitz berechtigt. Nach Lage der Dinge im einzelnen zu unterscheiden ist nur, ob sich die allein erhebliche Opfersicherung in seinem Verhältnis zum Zwischenmann wie auch in dessen Verhältnis zum Eigentümer auf die allgemeine oder auf eine besondere Leistungskondiktion stützt[695].

---

695) Daß der Besitzer dem Eigentümer gegenüber keiner Eingriffshaftung unterliegt, wird auch nicht durch einen gegen ihn gerichteten direkten Herausgabeanspruch des Eigentümers nach §§ 816 Abs. 1 Satz 2, 822 BGB oder auch nach §§ 556 Abs. 3, 604 Abs. 4 BGB oder - dazu oben Note 574 - nach §§ 1055, 1223 BGB widerlegt.

Gewiß kann hier der Eigentümer vom Besitzer eine solche Herausgabe an sich selbst verlangen: So etwa, wenn der zu Unrecht im Grundbuch als Eigentümer verlautbarte Zwischenmann dem gutgläubigen Besitzer unentgeltlich einen Nießbrauch bestellt hat; wenn der Mietvertrag zwischen Eigentümer und Zwischenmann nichtig ist, der Zwischenmann das Grundstück jedoch mit Zustimmung des Eigentümers schon unentgeltlich dem Besitzer eingeräumt hat; wenn der Mietvertrag oder ein entsprechender Leihvertrag zwischen Eigentümer und Zwischenmann zunächst gültig zustandegekommen und die Sache dann vom Zwischenmann mit Zustimmung des Eigentümers an den Besitzer weitervermietet bzw. weiterverliehen worden ist und später der Vertrag zwischen Eigentümer und Zwischenmann aufgelöst wird; oder auch, wenn der Zwischenmann entgeltlich dem Besitzer ein Nießbrauchs- oder Pfandrecht eingeräumt hat, das später erlischt. Aber in all solchen Fällen handelt es sich nicht um einen Eingriffs-, sondern um einen Opferanspruch. Wiederum nämlich - vgl. oben Note 625 - ist der Eigentümer, wie man das auszudrücken pflegt, "zur Einziehung" des Opferanspruchs des Zwischenmanns gegen den Besitzer "ermächtigt". Oder richtiger und zugleich konstruktiv exakt aufgelöst: Das erststufige mittelbare Besitzrecht des Zwischenmanns, aus dem dieser Anspruch gegen den unmittelbar besitzberechtigten Besitzer fließt, wird dem Eigentümer kraft Gesetzes zur Ausübung überlassen. Damit ist nunmehr der Zwischenmann dem Eigentümer gegenüber zweitstufig mittelbar, der Eigentümer dem Zwischenmann gegenüber abgeleitet erststufig mittelbar und regelmäßig zugleich unabgeleitet drittstufig mittelbar und der Besitzer dem Eigentümer gegenüber unmittelbar besitzberechtigt. Gibt der Besitzer die Sache dem Eigentümer zurück, erledigt sich nicht nur der Opferanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer, sondern zugleich auch ein Opferanspruch des Eigentümers gegen den Zwischenmann und derjenige des Zwischenmanns gegen den Eigentümer. Übrig bleibt das damit wieder zum unmittelbaren Recht zum Besitz gewordene Eigentumsrecht. Der Annahme einer solchen gesetzlichen Aus-

Auch hier unterliegt der berechtigte Fremdbesitzer der bereicherungs- und deliktsrechtlichen Eingriffshaftung selbst dann nicht, wenn er "exzediert". Auch insoweit gilt vielmehr in der Dreiecksbeziehung für das Verhältnis von Eigentümer und Besitzer und Zwischenmann und Besitzer nur wieder dasselbe, was wir für das nur zweiseitige Verhältnis von Eigentümer und Besitzer schon dargelegt haben. Wir brauchen daher die Problematik nicht noch einmal ausführlicher aufzurollen, sondern können uns mit dem Hinweis auf zwei Entscheidungen begnügen, die unsere Auffassung wenigstens im Ergebnis bestätigen.

Einem noch vom Reichsgericht gefällten Urteil[696] lag der Sachverhalt zugrunde, daß der später in Konkurs gegangene Zwischenmann dem Besitzer Wertpapiere des Eigentümers verpfändet hatte, die dann vom Besitzer veräußert worden waren. Dem damaligen Stande der Rechtsprechung gemäß ging das Gericht zwar ungeachtet des berechtigten Fremdbesitzes des Pfandgläubigers[697] noch auf die Vindikationshaftung ein. Es bestätigte zunächst noch einmal ausdrücklich, daß die Haftungssperre des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB einer Haftung des exzedierenden Fremdbesitzers nach § 823 Abs. 1 BGB nicht entgegenstehe. Dennoch glaubte es, von dieser Doktrin hier im Hinblick auf § 991 Abs. 2 BGB wieder eine Ausnahme machen zu müssen. Aus dieser Vorschrift ergebe sich nämlich, daß der Fremdbesitzer dem Eigentümer jedenfalls dann nicht schadensersatzpflichtig sei, wenn der Zwischenmann ihn wirksam zur Veräußerung ermächtigt habe[698]. Wenn hiernach

---

übungsüberlassung des mittelbaren Besitzrechts des Zwischenmanns an den Eigentümer steht nicht entgegen, daß der Zwischenmann seinerseits den Herausgabeanspruch gegen den Besitzer nicht durchsetzen kann, solange ihn mit dem Besitzer ein vollwirksames, erfülltes Schuldverhältnis verbindet. Der Sinn der hier einschlägigen Bestimmungen liegt gerade darin, daß anders als der Zwischenmann jedenfalls der Eigentümer nicht anzuerkennen braucht, daß der Besitzer sein Besitzrecht mit Rechtsgrund erlangt hat; auch dazu näher schon oben Note 625.

Wo statt dessen die Übergabe der Sache vom Zwischenmann an den Besitzer unwirksam ist, ist der Fall des § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB gegeben. Vgl. dazu auch oben Note 491.

696) RGZ 157, 132 ff. (oben Note 652 und 677).

697) Die Vorinstanz hatte ein Pfandrecht des Besitzers noch verneint. Das Reichsgericht ging dagegen offensichtlich von einem dem Besitzer wirksam bestellten Pfandrecht aus; aaO 135.

698) aaO 135/6.

das Konkursrisiko beim Eigentümer hängen bleibt, ist das sicherlich richtig. Aber die richtige Begründung wäre gewesen, daß der Pfandgläubiger als berechtigter Besitzer dem Eigentümer schon von vornherein weder mit der Vindikationshaftung noch mit der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB noch auch, wie hinzuzufügen ist, mit der Haftung nach § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB verantwortlich sein kann. Ob der berechtigte Fremdbesitzer zur Veräußerung der Papiere ermächtigt war, hätte nur im Rahmen seiner Opferhaftung gegenüber dem Zwischenmann erheblich werden können. Einer Eingriffshaftung des Eigentümers - und auch des Zwischenmanns - unterliegt ein berechtigter Fremdbesitzer nicht, so daß es für ihn auch auf § 991 Abs. 2 BGB nicht ankommt.

Was das Verhältnis des berechtigten Fremdbesitzers nicht zum Eigentümer, sondern zum Zwischenmann angeht, hat auch der Bundesgerichtshof tatsächlich schon dazu durchgefunden, die Eingriffshaftung auszuschließen. Das zeigt ein Fall[699], in dem der Zwischenmann für die Beschädigung eines vom Eigentümer gemieteten und mit dessen Zustimmung[700] seinerseits dem Besitzer zum Transport übergebenen Krans vom Besitzer nach § 823 Abs. 1 BGB Schadensersatz verlangt hatte. Das Gericht lehnte das Begehren ab, da man den "mittelbaren Besitz" des Zwischenmanns nicht als ein sonstiges Recht im Sinne dieser Vorschrift ansehen könne. Dies ergebe sich aus der Erwägung, daß der "mittelbare Besitzer" gegen Übergriffe des "unmittelbaren Besitzers" bereits durch die schuldrechtlichen Beziehungen und die sich daraus ergebenden Ansprüche hinreichend geschützt sei[701]. Wir brauchen uns demgegenüber nur wieder daran zu erinnern, daß es bei solcher Sachlage statt um "unmittelbaren Besitz" und "mittelbaren Besitz" in Wirklichkeit um das unmittelbare und das mittelbare Recht zum Besitz geht. Das mittelbare Besitzrecht des Zwischenmanns ist ebenso wie das unmittelbare Besitzrecht des Besitzers ein Herrschaftsrecht an der Sache und damit an sich durchaus auch als sonstiges Recht

699) BGHZ 32, 194 ff.

700) Das darf nach dem Sachverhalt angenommen werden; vgl. aaO 195.

701) aaO 204 ff.

im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB deliktsrechtlich geschützt. Darüber hinaus kommt auch ihm ein bereicherungsrechtlicher Eingriffsschutz sowie der weitere deliktsrechtliche Eingriffsschutz wegen Geschäftsanmaßung zugute. Nur kann gerade im Verhältnis von mittelbar besitzberechtigtem Zwischenmann und unmittelbar besitzberechtigtem Besitzer statt eines solchen Eingriffsschutzes nur die auf einer Leistungskondiktion aufbauende Haftungsregelung der Opfersicherung in Betracht gezogen werden. Die in dieser Haftungsregelung stehenden Schadensersatzansprüche sind es, die den Zwischenmann hinreichend schützen, also etwa im Falle der Miete oder Verwahrung der Anspruch nach § 556 bzw. §695 i.V.m. § 280 BGB und bei Ungültigkeit des Vertrages der Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 i.V.m. §§ 820 Abs. 1 Satz 2, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB. Dabei hat diese Haftungsregelung selbst mit irgendwelchen "schuldrechtlichen Beziehungen", und zwar auch mit dem der Übergabe der Sache zugrunde gelegten Schuldvertrag, unmittelbar nichts zu tun. Sie geht vielmehr gleichfalls aus dem mittelbaren Besitzrecht des Zwischenmanns hervor. Aus dem Schuldvertrag ergibt sich nur, ob und inwieweit der Zwischenmann Einbußen an der Sache selbst endgültig hinzunehmen hat. Soweit er danach den Schaden selber tragen muß - und so lag es in der hier behandelten Entscheidung - kann er, wie der Bundesgerichtshof im Prinzip richtig gesehen hat, nicht auf die von der Opferhaftung verdrängte Eingriffshaftung ausweichen. So betrachtet ist das Urteil bemerkenswert. Seine Tragweite erhellt freilich erst dann, wenn man einsieht, daß dies alles schon nicht anders ist, wo statt in einer Dreiecksbeziehung der mittelbar zum Besitz berechtigte Zwischenmann in einer nur zweiseitigen Beziehung der mittelbar zum Besitz berechtigte Eigentümer gegen den unmittelbar zum Besitz berechtigten Besitzer vorgeht.

Wie schon gesagt, decken sich die beiden soeben erörterten Entscheidungen mit der hier entwickelten Auffassung kaum mehr als eben in ihrem Ergebnis. Geht man indes ihrer Begründung im einzelnen nach, lassen sie die strenge Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz auch hier wieder klar erkennen.

Praktisch weit bedeutsamer ist diese Alternativität von Opfer- und Eingriffshaftung in einer Dreiecksbeziehung für die Frage nach dem Verwendungsersatz geworden. Heben wir darum besonders hervor, daß mit dem Ausschluß des Eingriffsschutzes der Besitzer die Möglichkeit verliert, über den Zwischenmann hinweg den Eigentümer auf Verwendungsersatz zu belangen. Ist er selbst keinem Herausgabeanspruch des Eigentümers und insbesondere nicht der Vindikation ausgesetzt, entfällt mit der auf einem solchen Anspruch aufbauenden jeweiligen Haftungsregelung überhaupt auch der in dieser stehende Gegenanspruch, mit dem ein der Sache zugute gekommener Aufwand liquidiert werden könnte. Vor allem also lassen sich die §§ 994 ff. BGB nicht anwenden.

Hat der vermietende oder unter Vorbehalt des Eigentums verkaufende Eigentümer den Mieter oder Vorbehaltskäufer verpflichtet, die erforderlichen Reparaturen der Sache vornehmen zu lassen, und händigt dieser sie dann einem Unternehmer zur Instandsetzung aus, bleibt der Unternehmer wegen seiner Verwendungen auch dann vollständig auf den Entgeltsanspruch gegen den Besteller beschränkt, wenn er in dessen Konkurs damit ausfällt. Dies gilt mit dem Bundesgerichtshof nicht nur dann, wenn die Sache vom Besitzer dem Zwischenmann wieder zurückgegeben worden ist, solange die beiden aufeinanderfolgenden Schuldverhältnisse zwischen Eigentümer, Zwischenmann und Besitzer noch vollgültig bestanden[702]. Ebenso liegt es entgegen der in einer weiteren Entscheidung[703] geäußerten Ansicht des Gerichts vielmehr auch dann, wenn diese Kette vollwirksamer Schuldverhältnisse durch die Kündigung des Mietvertrages oder den Rücktritt des Eigentümers vom Vorbehaltskauf reißt, solange der Unternehmer die Sache noch in Besitz hat. Denn unabhängig von allen Schuldbeziehungen, und das ist der Kern dieses vieldiskutierten Fragenkreises[704], besteht hier eine Besitzrechtsmittlungskette: Dies allein um deswillen, weil der Eigentümer sein Sachherrschaftsrecht dem Zwischenmann zur Ausübung überlassen und der Zwischenmann das damit erlangte Sachherrschaftsrecht seinerseits wieder dem Besitzer wirksam zur Ausübung überlassen hat, wozu er ver-

702) BGHZ 27, 317 ff. (Miete).

703) BGHZ 34, 122 ff. (Vorbehaltskauf).

704) Nachweise oben Note 670.

möge der seiner Instandhaltungspflicht zugrunde liegenden Ermächtigung imstande war[705]. Damit hat nun auch der Besitzer ein Sachherrschaftsrecht erlangt, das als solches gegenüber jedermann und deshalb auch gegenüber dem Eigentümer besteht. Dieses Recht des Besitzers zum Besitz aber ist so lange vorhanden bis er die Sache dem Zwischenmann wieder zurückgegeben hat.

Wenn der Bundesgerichtshof demgegenüber im zweiten Fall dem Besteller einen Anspruch auf Verwendungsersatz nach §§ 994 ff. BGB gegen den Eigentümer zubilligt, verkennt er zwar nicht, daß dieser Anspruch notwendig eine Vindikationslage zur Voraussetzung hat. Wohl aber verkennt er, daß eine Vindikation gegen den Besitzer ein für allemal ausscheidet, wenn der Eigentümer die Sache an den Zwischenmann freiwillig aus der Hand gegeben hat und sie von diesem mit dem Willen des Eigentümers an den Besitzer gelangt ist. Der Unternehmer ist also keineswegs, wie der Bundesgerichtshof[706] meint, nur im ersten Fall durchgängig zum Besitz berechtigt gewesen, im zweiten Fall hingegen nur anfänglich, jedoch dann nicht mehr, nachdem das Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Besteller - durch Rücktritt vom Vorbehaltskauf - aufgelöst worden war[707]. Erst recht hätte entgegen diesem Urteil der Unternehmer nunmehr nicht sogar auch noch den Ersatz solcher Verwendungen vom Eigentümer verlangen können, die vor

---

705) Da der Eigentümer hier beidemal seine Zustimmung zur Übergabe der Sache vom Zwischenmann an den Besitzer im voraus erteilt hatte, kommt es auch im letzteren Fall nicht darauf an, ob sich diese Verfügungsmacht schon aus dem sogenannten Anwartschaftsrecht des Zwischenmanns ergeben hätte; vgl. oben Note 692.

706) BGHZ 34, 130/1; dort 130 zu BGHZ 27, 319 ff.

707) Hierüber bereits oben bei Note 478.
Trotzdem bleibt es ein Fortschritt, wenn der Bundesgerichtshof im Gegensatz zu der noch vom Reichsgericht in RGZ 142, 417 (422) vertretenen Auffassung hier nicht mehr darauf abgestellt hat, daß ein Verwendungsanspruch des Unternehmers gegen den Eigentümer nach §§ 994 ff. BGB mit dem Entgeltsanspruch des Unternehmers gegen den vom Eigentümer verschiedenen Besteller nicht zusammentreffe und darum von diesem auch nicht beeinflußt werde. Aber mit dem statt dessen in BGHZ 27, 320 ff. und 34, 128 ff. zutreffend bemühten Kriterium, ob der Besitzer zum Besitz berechtigt ist, läßt sich endgültig doch erst dann etwas gewinnen, wenn man den Begriff des Rechts zum Besitz in dem von uns vorgeschlagenen Sinne revidiert. Zum Besitz berechtigt ist der Besitzer in Wahrheit auch hier so lange, bis er die Sache wieder zurückgegeben hat. Auch in einer solchen Dreiecksbeziehung schließen Opfer- und Eingriffshaftung einander aus. Dazu auch schon oben Note 560 und 671.

dem Rücktritt auf die Sache gemacht worden waren[708]. Zum Besitz berechtigt und darum der Vindikation des Eigentümers nicht ausgesetzt, dementsprechend andererseits aber auch nicht befugt, den Eigentümer wegen Verwendungen in Anspruch zu nehmen, wäre der Unternehmer hier selbst dann gewesen, wenn sowohl der Miet- oder Kaufvertrag zwischen Eigentümer und Besteller als auch der Werkvertrag zwischen Besteller und Unternehmer schon von vornherein unwirksam gewesen wären[709]. Umgekehrt freilich würde ein Besitzer, dem der Zwischenmann die Sache ohne die erforderliche Zustimmung des Eigentümers nach § 185 BGB übergeben hätte, von vornherein von der Vindikation des Eigentümers auch dann nicht verschont und von einem Anspruch auf Verwendungsersatz gegen den Eigentümer auch dann nicht abgeschnitten werden, wenn eine vom Eigentümer über den Zwischenmann zum Besitzer reichende Kette vollwirksamer Schuldverhältnisse vorhanden wäre.

Damit aber kommt ein Anspruch des Unternehmers auf den Ersatz seiner Verwendungen nur dem Besteller gegenüber, nämlich im Rahmen der auf dessen Sachherrschaftsrecht gründenden Opfersicherung in Betracht. Hat der Unternehmer nach dem Werkvertrag für diese Verwendungen selbst aufzukommen, bewendet es allerdings bei seinem Entgeltsanspruch gegen den Besteller (§ 631 BGB). Wäre der Werkvertrag aber nichtig gewesen, hätte der Anspruch des Unternehmers gegen den Besteller auf Verwendungsersatz eingegriffen, welcher in der auf der allgemeinen Leistungskondiktion des Bestellers gegen den Unternehmer aufbauenden Haftungsregelung der Opfersicherung steht (§ 812 Abs. 1 Satz

708) So aber BGHZ 34, 131/2.
In der Sache ist daran freilich so viel richtig, daß die Eingriffshaftung mit der Vindikationsregelung ebenso wie eine entsprechende Opferhaftung entweder von vornherein und ein für allemal oder aber überhaupt nicht gegeben ist. Hier aber wäre gerade die Eingriffshaftung zu verneinen gewesen.
Dazu schon oben Note 336, 369 und 571.

709) Dafür, daß eine vom Eigentümer über den Zwischenmann zum Besitzer reichende geschlossene Kette wirksamer Schuldverhältnisse wenigstens einmal vorhanden gewesen sein müsse, mag dann auch eines der Schuldverhältnisse wieder aufgelöst worden sein, namentlich Raiser oben zu Note 479. Nach Schönfeld ist der Besitzer auch dann besitzberechtigt, wenn zwar der Eigentümer und der Zwischenmann durch ... gültiges Schuldverhältnis verbunden sind, das Schuldverhältnis zwischen dem Zwischenmann und dem Besitzer dagegen nicht wirksam zustandegekommen ist; oben zu Note 480.

1 Fall 1 i.V.m. §§ 820 Abs. 1 Satz 2, 818 Abs. 4, 292 Abs. 2, 994 Abs. 2 BGB). Und hätte es sich statt dessen etwa um einen wirksamen Verwahrungsvertrag zwischen dem Zwischenmann und dem Besitzer gehandelt, hätte der Verwahrer im Rahmen der dann von der besonderen Leistungskondiktion nach § 695 BGB ausgehenden Haftungsregelung seine Verwendungen vom Hinterleger nach § 693 BGB ersetzt verlangen können.

Alle diese Ergebnisse sind erst zu erschließen, wenn man auch im Herausgabeanspruch des Besitzrechtsmittlungsverhältnisses die allgemeine oder eine besondere Leistungskondiktion erkannt hat: Einen nicht in einem Schuldverhältnis, sondern im Eigentumsrecht oder in dem Drittbesitzrecht des Zwischenmanns wurzelnden Rechtsfortwirkungsanspruch mit der Funktion der Opfersicherung; einen Anspruch, der die Vindikation und die deliktsrechtlichen Herausgabeansprüche aus dem Eigentumsrecht bzw. die Vindikation und die dieser entsprechende Eingriffskondiktion sowie die deliktsrechtlichen Herausgabeansprüche aus dem Eigentumsrecht und dem Drittbesitzrecht verdrängt. Dabei ist der Übertragung des Rechts durch seine Veräußerung eine klar ausgebildete Übertragung des Rechts durch seine Überlassung zur Ausübung an die Seite zu stellen, die schon mit der wirksamen Übergabe der Sache vom Eigentümer oder Drittberechtigten an den neuen Besitzer vollzogen wird und nunmehr diesen zum berechtigten Besitzer macht. Anders lassen sich die notwendig durch eine Verletzung des Rechts markierten Grenzen des Eingriffsschutzes und insbesondere der Vindikationshaftung, die in der unsicheren Bestimmung des "Rechts zum Besitz" durch die bisherige Praxis und Lehre immer aufs neue wieder verschwimmen, nicht exakt offenlegen und festhalten.

d) Wieder unberührt von der gegenseitigen Ausschließlichkeit der beiden Kategorien des Drittschutzes des subjektiven Rechts kann eine außerhalb dieses Drittschutzes stehende, anderweitige bereicherungs- oder deliktsrechtliche Haftung des gleichen Anspruchsgegners sowohl mit der Opfersicherung als auch mit dem Eingriffsschutz zusammentreffen. Diese Haftung ist anders als der Drittschutz des subjektiven Rechts nicht ausschließlich nach der Art und Weise zu beur-

teilen, in welcher der Besitzer die Sachherrschaft erlangt hat. Es ist vielmehr auch möglich, daß sie erstmalig überhaupt erst einsetzt, nachdem das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis schon begründet worden ist.

Nehmen wir beispielsweise an, der Besitzer habe schon in der betrügerischen Absicht, die Sache endgültig zu behalten, den Eigentümer veranlaßt, sie ihm in Verwahrung zu geben. Dann haftet er dem Eigentümer sowohl nach § 695 BGB mit der besonderen bzw. bei Nichtigkeit des Vertrages nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB mit der allgemeinen Leistungskondiktion als auch mit den Deliktsansprüchen wegen Verstoßes gegen ein Schutzgesetz nach §823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB und wegen sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB auf Herausgabe. Dasselbe Nebeneinander der Haftung ergibt sich aber auch dann, wenn der Besitzer die Sache zunächst zwar redlich in seine Obhut genommen hatte, sie später jedoch einem Hehler zugespielt oder mutwillig zerstört hat. Dann nämlich ist er dem Eigentümer außer mit der schon sekundären Deliktshaftung der Opfersicherung nach § 695 i.V.m. § 280 BGB bzw. nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 i.V.m. §§820 Abs. 1 Satz 2, 818 Abs. 4, 292 Abs. 2, 989 BGB auch mit den dann erstmalig eingreifenden Deliktsansprüchen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V. m. §§ 246 oder 303 StGB und nach § 826 BGB verantwortlich. Was also im besonderen die "Haftung aus Vertrag" oder richtiger die bei gültigem Schuldvertrag einsetzende Opferhaftung aus dem subjektiven Eigentumsrecht angeht, so steht sie insoweit - freilich aber eben auch über diese Beschränkung auf §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB nicht hinaus - mit der "Haftung aus Delikt" in Haftungskonkurrenz[710].

Wer den Eigentümer bestohlen hat, haftet ihm außer mit den Eingriffsansprüchen nach §§ 985 und 823 Abs. 1 BGB auch mit den Delikts-

710) Die Haftungskonkurrenz von "Vertrag" und "Delikt" kann also weder uneingeschränkt bejaht (oben zu Note 672) noch uneingeschränkt verneint (oben zu Note 673; vgl. auch zu Note 675) werden. Richtig ist vielmehr die im älteren Schrifttum schon vertretene Mittelmeinung (oben zu Note 674), wonach neben der "Vertragshaftung" keine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB, wohl aber eine Haftung nach §§ 823 Abs. 2, 826 BGB möglich ist.

ansprüchen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 242 StGB und nach § 826 BGB auf Herausgabe. Und auch dort ergibt sich dieselbe Haftungskonkurrenz, wo der Besitzer dem Eigentümer eine Sache zunächst in der Absicht entwendet hatte, sie nur zu gebrauchen und anschließend wieder zurückzustellen, sie später dann aber doch an einen Hehler veräußert oder mutwillig vernichtet hat. Dann nämlich haftet er außer mit der bereits sekundären Deliktshaftung des Eingriffsschutzes des subjektiven Rechts nach § 985 i.V.m. §§ 990 Abs. 1 Satz 1, 989 BGB und § 823 Abs. 1 i.V.m. § 280 BGB auch mit den im Gegensatz hierzu erstmalig zum Zuge kommenden Deliktsansprüchen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 246 oder 303 StGB und nach § 826 BGB.

Diese Haftungskonkurrenz zwischen dem Drittschutz des subjektiven Rechts und der sonstigen Haftung ist einschließlich ihrer jeweiligen Modalitäten als echte Anspruchskonkurrenz in dem Sinne zu verstehen, in dem die noch herrschende Ansicht die Haftungskonkurrenz allein verstanden wissen will[711]. Auch hier dagegen eine Begründungskonkurrenz anzunehmen, verbietet die Verschiedenheit der Haftungsgrundlagen[712].

3. Ohne die bisher dargelegten Voraussetzungen läßt sich nicht nur das Verhältnis der Ansprüche der Vindikationsregelung zu den ebenfalls in das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis hineinreichenden anderweitigen Ansprüchen nicht klarlegen. Ohne sie ist vielmehr auch der komplizierte Mechanismus der Vindikationsregelung selbst und seine Wiedergabe im Gesetz nicht wirklich zu verstehen[713]. Um das noch weiter zu verdeutlichen, ist davon auszugehen, daß die Vindikation eine besondere Eingriffskondiktion ist. Dementsprechend geben die Vindikationsvorschriften der §§ 985, 987 ff. BGB zusammengenommen eine insoweit schon von vornherein verselbständigte besondere berei-

---

711) Hierüber wieder oben zu Note 60. Vgl. zu Note 627.

712) Zur Begründungskonkurrenz wiederum oben bei Note 61 bis 64. Zuletzt oben Note 632 und Note 641 für die jeweilige bereicherungs- und deliktsrechtliche Sekundärhaftung innerhalb einer Haftungsregelung sowie Note 638 für die einzelnen Haftungsregelungen des Eingriffsschutzes in ihrer Gesamtheit. Vgl. oben zu Note 626.

713) Wegen der wichtigsten Nachweise zur Auseinandersetzung mit dieser

cherungsrechtliche Eingriffshaftung aus dem Eigentumsrecht wieder. Für die Leistungskondiktion und die bereicherungsrechtliche Opferhaftung aus dem Eigentumsrecht insgesamt bleiben hingegen im Grundsatz die allgemeinen Bereicherungsvorschriften der §§ 812 ff. BGB zuständig, mag sich daneben die Opferhaftung auch noch in zahlreichen, diese allgemeinen Vorschriften wieder verdrängenden Sonderregelungen niederschlagen[714]. Ganz vollständig hat allerdings auch die Eingriffshaftung aus dem Eigentumsrecht in den Sondervorschriften

---

Frage kann auf oben Note 628 verwiesen werden.

Die eingehendste neuere Analyse der Vindikationsvorschriften hat Dimopoulos-Vosikis, Elemente, insbes. 100 ff., 192 ff. gegeben. Seine im Ansatz etwa auch schon von Peters AcP 153, 454 ff. vertretene These geht dahin, die Bestimmungen der §§ 987 ff. BGB gäben keine Ansprüche aus dem Eigentum wieder, sondern seien"in Wirklichkeit nichts anderes als bereicherungs- und deliktsrechtliche Vorschriften wie die §§ 812 ff., 823 ff. BGB auch" (aaO 1 und durchgängig); dazu schon oben Note 333.

714) Darum geht die These von Dimopoulos-Vosikis (vorige Note) völlig an der Sache vorbei. Die Haftung nach §§ 812 ff. und 823 ff. BGB kann zum Vergleich mit den Vindikationsvorschriften überhaupt nur insoweit herangezogen werden, als sie gleichfalls Haftung aus dem subjektiven Eigentumsrecht ist. Und vor allem darf eine solche Gegenüberstellung nicht darauf hinauslaufen, einen gleichsam blinden Wortlautvergleich willkürlich aus den Vorschriften über die Begleitfolgen der Vindikation herausgerissener Einzelbestimmungen mit anderweitigen Vorschriften des Gesetzes anzustellen. Ausgangspunkt des Vergleichs kann nur die Vindikationsregelung in ihrer funktionell zu erfassenden Gesamtheit sein, so daß auch die Vindikation nach § 985 BGB selbst in die Betrachtung mit einzubeziehen ist. Diese Haftungsregelung des bereicherungsrechtliche Eingriffsschutzes steht mit den auf den Ansprüchen nach §§ 823 Abs. 1 und 687 Abs. 1 Satz 2 BGB aufbauenden Haftungsregelungen des deliktsrechtlichen Eingriffsschutzes alternativ und damit auch ohne eine sinnlose Verdoppelung der Haftungsregelung der bereicherungsrechtlichen Opfersicherung gegenüber,die in ihrer allgemeinen Erscheinungsform in §§ 812 ff. BGB niedergelegt ist. Richtig ist, daß die sich im Rahmen des bereicherungsrechtlichen Eingriffsschutzes an die Primärhaftung mit der Vindikation anschließende, in den Sonderbestimmungen der §§ 987 ff. BGB gefaßte Sekundärhaftung ihrer rechtlichen Natur nach teils Bereicherungs- und teils Deliktshaftung ist. Für die im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Opfersicherung auf die Primärhaftung mit der allgemeinen Leistungskondiktion und für die im Rahmen des deliktsrechtlichen Eingriffsschutzes auf die Primärhaftung mit dem gewöhnlichen Deliktsanspruch oder mit dem Anspruch wegen Geschäftsanmaßung folgende Sekundärhaftung gilt jedoch genau dasselbe. Demgegenüber ist der hier kritisierte Versuch, die Primärhaftung des allgemeinen Bereicherungsrechts und des Rechts der unerlaubten Handlungen mit der Sekundärhaftung des Vindikationsschuldners zu konfrontieren, von vornherein zum Scheitern verurteilt. Er kann daher entgegen Dimopoulos-Vosikis aaO 269 ff. (oben Note 333) auch die heute herrschende Ansicht nicht mehr erschüttern, daß die Vindikationshaftung auf den nichtberechtigten Besitzer zu beschränken ist.

der §§ 985, 987 ff. BGB nicht Aufnahme gefunden. Das wird, wie schon erwähnt, für die Erstattung eines Surrogats bedeutsam. Insofern verbleibt es vielmehr auch für die Eingriffshaftung bei den allgemeinen Bereicherungsvorschriften. Im folgenden haben wir es jedoch vor allem mit dem Schadensersatz und der Erstattung von Nutzungen zu tun, die von den Sonderbestimmungen der §§ 985, 987 ff. BGB vollständig erfaßt werden. Nur ist auch dann der innere Zusammenhang dieser Sonderbestimmungen mit den allgemeinen Bereicherungsvorschriften, aus denen sie herausgelöst worden sind, immer im Auge zu behalten[715].

a) Vorweg muß daher das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Lichte der allgemeinen Bereicherungsvorschriften betrachtet werden. Hat der Besitzer die Sache vom Eigentümer kraft dessen Verfügungsmacht über das Eigentumsrecht wirksam übergeben erhalten, so ist er nunmehr allein damit schon dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt. Das ist, wie wir betont haben,nicht nur bei der Übergabe der Sache zu Miete oder Pfand, sondern auch dann der Fall, wenn eine über die bloße Ausübungsüberlassung des Rechts hinaus in Aussicht

715) Dieser Zusammenhang istschon bei der Entstehung des Gesetzes kaum gesehen worden; vgl. Mot. III 400 ff.; Prot. III 336 ff. Immerhin finden sich aber auch in den Gesetzesmaterialen einzelne deutliche Hinweise. So wird dort etwa gesagt, die vindikatorische Regelung der Nutzungshaftung bilde " eine positive Ausnahme von den Bestimmungen über die Haftung des Besitzers aus ungerechtfertigter Bereicherung" (Mot. III 401), oder wird bei der Ausbildung der Vindikationshaftung für Nutzungen und Schäden "Rücksicht auf die Gestaltung der innerlich nahe verwandten Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung" gefordert (Prot. III 339). Auch in BGHZ 41, 157 (162) ist wieder mit der herrschenden Meinung davon die Rede, die Nebenansprüche der Vindikation nach §§ 987 ff. BGB bildeten bezüglich der Nutzungen eine erschöpfende Sonderregelung gegenüber dem "allgemeinen" (!) Bereicherungsrecht nach §§ 812 ff. BGB. Freilich ist mit einem nur generellen Vergleich von allgemeiner Bereicherungshaftung und Vindikationshaftung allein - so etwa auch Westermann, Sachenrecht § 31 III 3 - noch nicht viel erreicht. Und auch dies geht wieder verloren, wenn man mit Dimopoulos-Vosikis - dazu die beiden vorigen Noten - in diesen Vergleich außerdem noch die Haftung nach dem Recht der unerlaubten Handlungen hineinzieht. Entscheidend ist vielmehr, daß man auf dem von Wilburg und v. Caemmerer vorgezeichneten Weg fortschreitet und nicht nur aus den Begleitfolgen der Vindikation, sondern auch schon aus der Vindikation selbst die bereicherungsrechtliche Eingriffshaftung herausarbeitet. Belege für einen solchen Ansatz schon oben Note 30, 59 und 356.

genommene Übereignung der Sache gescheitert oder jedenfalls noch nicht zur Vollendung gekommen ist. Ausgangspunkt der damit einsetzenden Haftungsregelung der Opfersicherung ist, wenn wir im folgenden von den besonderen Leistungskondiktionen und der auf ihnen aufbauenden Haftungsregelung absehen, die allgemeine Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 und Satz 2 BGB. Die von dieser allgemeinen Leistungskondiktion ausgehende Haftungsregelung der Opfersicherung schließt die auf der besonderen Eingriffskondiktion nach § 985 BGB aufbauende Vindikationsregelung und die weiteren, auf den Deliktsansprüchen nach §§ 823 Abs. 1 und 687 Abs. 2 Satz 1 BGB aufbauenden Haftungsregelungen des Eingriffsschutzes aus.

aa) Niemand nimmt eine Leistung ohne den über die Bewirkung der Zuwendung als solche hinausgehenden Zweck vor, ein bestimmtes Schuldverhältnis zu erfüllen. Darum hat der Leistende, wie schon wiederholt hervorzuheben war[716], zunächst immer die Vermutung gegen sich, daß die Bereicherung des Empfängers eine gerechtfertigte Bereicherung ist. Oder umgekehrt: Der Empfänger hat die Vermutung für sich, daß er die vom Leistenden erlangte Bereicherung behalten darf. Der so umschriebene Erfahrungssatz wird nun zu einem spezifischen Verkehrsschutz desjenigen verdichtet, der tatsächlich darauf vertraut und darauf vertrauen darf, daß er seinen Leistungserwerb nicht wieder herausgeben muß. Diser in der Vorschrift des § 818 Abs. 3 BGB gefaßte Verkehrsschutz des Schuldners der allgemeinen Leistungskondiktion gegenüber seinem Gläubiger läßt sich als "Schadensprivileg" bezeichnen.

bb) Auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bezogen besteht dieses Schadensprivileg darin, daß der berechtigte Besitzer, der mit seiner auf der Leistungskondiktion des Eigentümers beruhenden Herausgabepflicht nicht rechnet und nicht rechnen muß, für ein an sich rechtswidriges Verhalten dem Eigentümer nicht schadensersatzpflichtig wird: Für ein rechtswidriges Verhalten nämlich, mit dem der die Herausgabe seiner Bereicherung um das Recht zum Besitz an den Eigen-

716) Oben zu Note 272 und 495.

tümer verzögert oder unmöglich macht[717]. Das ist der Vorschrift des § 818 Abs. 3 BGB zwar nur für den Unmöglichkeitsschaden klar zu entnehmen, für den Verzugsschaden jedoch mit einem Umkehrschluß aus § 818 Abs. 4 BGB sinngemäß zu ergänzen[718]. Damit kann der in solchem Sinne redliche und schutzwürdige Besitzer über die erlangte Sachherrschaft disponieren, ohne über deren Auskehrung an den Eigentümer hinaus eine Einbuße gewärtigen zu müssen[719].

Der Vermutung folgend, daß eine vom Leistenden selbst bewirkte Bereicherung mit Rechtsgrund erlangt ist, legt das Gesetz die Redlichkeit und Schutzwürdigkeit des Erwerbers als den Regeltatbestand zugrunde. Ausgeschlossen wird das Schadensprivileg also mit anderen Worten nur dort, wo der Eigentümer dem Besitzer das Fehlen dieser Voraussetzungen konkret entgegenhalten kann[720].

717) Zur Vermeidung von Mißverständnissen ist daran zu erinnern, daß wir den Begriff des "rechtswidrigen Verhaltens" in einem die Vorwerfbarkeit des schädigenden Handelns oder Unterlassens mit umfassenden Sinne definiert haben. Dazu oben bei Note 50 bis 52.

718) Für diesen Umkehrschluß auch Lange JZ 1964, 640.

719) Die herrschende Meinung schlüsselt dieses hinter dem "Wegfall der Bereicherung" stehende Schadensprivileg in aller Regel systematisch nicht näher auf. Man begnügt sich vielmehr meist mit der Erklärung, es handle sich um einen Vertrauensschutz mit dem Ziel, den Bereicherungsschuldner durch seine Erstattungspflicht gegenüber dem Bereicherungsgläubiger nicht ärmer werden zu lassen, als er ohne die Erlangung der Bereicherung wäre. Hierzu vor allem: Mot. II 836 ff.; Prot. II 702 ff.; Heck, Schuldrecht § 143; Wilburg, Bereicherung 138 ff.; v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 368 und dort FN. 137; Esser, Schuldrecht §§ 199 und 200; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 227; Larenz, Schuldrecht II § 64 II; Fikentscher, Schuldrecht § 100.

720) Diese nach prozessualen, d. h. nach Beweisgesichtspunkten getroffene Anordnung im Gesetz wird überwiegend dahin verstanden, auch materiellrechtlich bilde die Beschränkung der Bereicherungshaftung nach § 818 Abs. 3 BGB die Regel, die uneingeschränkte Haftung dagegen die Ausnahme. Damit tut man jedoch der systematischen Stellung der Beschränkung als eines besonderen Privilegs gegenüber der normalen Haftung Gewalt an. Richtig indes v. Caemmerer aaO und dort FN. 136; Larenz aaO (393).

Von vornherein unredlich ist der berechtigte Besitzer, wenn er das Fehlen eines Rechtsgrundes seiner Bereicherung um das Recht zum Besitz bei deren Erwerb kennt (§ 819 Abs. 1 Fall 1 BGB): Wenn er weiß, daß das vom Eigentümer mit dessen Leistung in Bezug genommene Schuldverhältnis nicht erfüllt ist und der Eigentümer daher das Recht zum Besitz von ihm sofort mit der Leistungskondiktion herausverlangen kann[721]. So verhält es sich beispielsweise, wenn der Besitzer die Ungültigkeit des Mietvertrages oder der Sicherungsabrede sogleich erkennt, sich aber dennoch vom Eigentümer das Grundstück einräumen oder die Sicherheit verpfänden läßt. Ebenso liegt es etwa auch, wenn er um die Ungültigkeit des Kaufvertrages weiß, sich die Ware aber trotzdem aushändigen läßt, sofern die Übereignung scheitert oder erst später vollendet werden soll[722]. Von vornherein unredlich ist der Besitzer in Entsprechung zu der weitergehenden Fassung von § 990 Abs. 1 Satz 1 BGB außerdem aber auch dann, wenn er dieses Fehlen des Rechtsgrundes seiner Bereicherung bei de-

721) Wenn wir von einem unredlichen berechtigten Besitzer sprechen, so bedeutet das von der Vindikationshaftung her gesehen für die herrschende Ansicht eine contradictio in adiecto. Denn dort wird der gute Glaube gerade auf das Recht zum Besitz des Besitzers bezogen und dementsprechend eine Unterscheidung nach Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzers nur unter der Voraussetzung für sinnvoll erachtet, daß der Besitzer zum Besitz gerade nicht berechtigt ist; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 II 1 zu FN. 4; Westermann, Sachenrecht § 32 II 2 a; Baur, Sachenrecht § 11 B I 1; BGHZ 27,317 (320). Hier in § 819 Abs. 1 BGB dagegen wäre der gute Glaube, folgt man dem Gesetzeswortlaut, an sich auf den fehlenden "rechtlichen Grund" der Bereicherung zu beziehen. In Wahrheit ist jedoch beidemal dasselbe gemeint: nämlich die Redlichkeit des Schuldners im Hinblick darauf, daß er bereicherungsrechtlich sofort herausgabepflichtig ist. Ob er wie hier mit der allgemeinen Leistungskondiktion die berechtigte Herrschaftsmacht oder auf Grund der Vindikationshaftung mit der besonderen Eingriffskondiktion die nichtberechtigte Herrschaftsmacht über die Sache herauszugeben hat, macht keinen Unterschied. Beidemal ist Bezugspunkt der Redlichkeit oder Unredlichkeit des Schuldners weder der Rechtsgrund seiner Bereicherung noch das eigene Recht zum Besitz, sondern die bereicherungsrechtliche Pflicht zur sofortigen Herausgabe an den Gläubiger.

722) Ob der berechtigte Besitzer Fremd- oder Eigenbesitzer ist, ist für die Haftung unerheblich (oben Note 629). Ebenso muß gleichgültig sein, daß er als Eigenbesitzer anstelle von Eigentum an der Sache nur ein Drittbesitzrecht erlangt hat.

ren Erwerb grobfahrlässig verkennt. Denn einleuchtende Gründe, insoweit zwischen der allgemeinen Bereicherungshaftung nach §§ 812 ff. BGB und der besonderen Bereicherungshaftung nach §§ 985, 987 ff. BGB zu differenzieren, gibt es nicht[723]. Unredlich wird der Besitzer schließlich später, wenn er das Fehlen des Rechtsgrundes seiner Bereicherung nachträglich erfährt, wenn er nunmehr also vom Nichteintritt der Erfüllung des Schuldverhältnisses und damit von seiner sofortigen Herausgabepflicht gegenüber dem Eigentümer weiß (§ 819 Abs. 1 Fall 2 BGB). So, wenn er die Ungültigkeit des Mietvertrages, der Sicherungsabrede oder des Kaufvertrages später bemerkt.

Noch etwas weiter ist für die Fälle auszuholen, in denen der berechtigte Besitzer zwar redlich, aber trotzdem nicht schutzwürdig ist.

Nicht mehr schutzwürdig ist der Besitzer, sobald er durch die Rechtshängigkeit der auf die Leistungskondiktion gestützten Klage des Eigentümers auf seine Pflicht aufmerksam gemacht worden ist, das Recht zum Besitz sofort herauszugeben (§ 818 Abs. 4 BGB).

Schon von vornherein nicht schutzwürdig ist er, wenn der Eigentümer ihm das Recht zum Besitz mit einer Leistung auf künftige Schuld verschafft hat und wenn die spätere Begründung oder das spätere Wirksamwerden des Schuldverhältnisses und damit der spätere Eintritt der Erfüllung des Schuldverhältnisses schon anfänglich ungewiß waren und dann auch endgültig ausbleiben (§ 820 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dann nämlich muß der Besitzer von Anbeginn den Herausgabe-anspruch des Eigentümers uneingeschränkt in Rechnung stellen. Das gilt etwa, wo der Eigentümer sein Grundstück im Hinblick auf einen noch abzuschließenden oder behördlich zu genehmigenden Kaufvertrag schon vor der Auflassung dem Besitzer übergeben hat, das Zustandekommen oder die Genehmigung des Kaufvertrages aber von Anfang an unsicher waren und dann auch endgültig scheitern.

723) Dazu schon oben Note 602 und 625. Die herrschende Meinung läßt hier ein Kennenmüssen nicht ausreichen; Soergel-Siebert-Mühl, 5 zu § 819 m.w.Nachw. Mehr als den Gesetzeswortlaut allein führt man dafür aber regelmäßig nicht an.

Ebenfalls schon von vornherein nicht schutzwürdig ist der Besitzer, wenn der Eigentümer ihm das Recht zum Besitz zur Erfüllung eines Schuldverhältnisses zugewendet hat, dessen rückwirkende spätere Auflösung von Anbeginn in Betracht gestanden hatte und dann auch eintritt (§ 820 Abs. 1 Satz 2 BGB). Denn auch dann muß er den Herausgabeanspruch des Eigentümers schon von Anfang an voll in Rechnung stellen. Die Vorschrift ist in ihrem Zuschnitt auf den rückwirkenden Wegfall des Rechtsgrundes allein jedoch zu eng und bedarf grundsätzlich der Erstreckung auch auf den Fall, daß der Eigentümer die Sache dem Besitzer zu Fremdbesitz übergeben hat, um ein damit später mit Wirkung ex nunc wieder aufzulösendes Schuldverhältnis in Vollzug zu setzen. Dann nämlich muß der Besitzer den Herausgabeanspruch des Eigentümers schon von Anfang an immerhin insoweit in Rechnung stellen, als er im Umgang mit der Sache den Rahmen dessen verläßt, was er nach dem zugrunde gelegten Schuldverhältnis darf; wenn dann die Auflösung des Schuldverhältnisses eintritt, entfällt seine Schutzwürdigkeit wieder ganz. Als ein Beispiel der ersten Art wäre an sich etwa zu denken, daß jemand auf Grund eines unter einem Rücktrittsvorbehalt des Veräußerers stehenden Kaufvertrages ein Grundstück erwerben will und es auch schon übergeben erhalten hat, daß die Auflassung aber unwirksam oder überhaupt erst für später vorgesehen war und der Veräußerer dann den Rücktritt vom Kauf erklärt. Fälle der zuletzt genannten Art betreffen an sich etwa die Übergabe der Sache zur Miete oder zum Pfand, sofern der berechtigte Fremdbesitzer noch vor der Auflösung des Schuldverhältnisses "exzediert" oder über die Auflösung des Schuldverhältnisses hinaus im Besitz der Sache verbleibt. Wenn nun das mit der Übergabe in Bezug genommene Schuldverhältnis zunächst tatsächlich vollwirksam vorhanden war und erst mit seiner späteren Auflösung nicht länger erfüllt ist, wird freilich, wie gerade unsere Beispiele zeigen, in aller Regel eine besondere Leistungskondiktion die allgemeine Leistungskondiktion verdrängen (§§ 346, 556, 1223 BGB; vgl. weiter §§ 581 Abs. 2,604, 695, 1055 BGB). Das erklärt zugleich, daß in den auf einer solchen besonderen Leistungskondiktion aufbauenden Haftungsregelungen ein Schadensprivileg des Besitzers schon gar nicht erst vorgesehen ist[724]. Der Grundgedanke der Vor-

724) Dazu schon oben bei Note 510 und 550.

schrift des § 820 Abs. 1 Satz 2 BGB bleibt aber auch davon abgesehen dennoch dort von Bedeutung, wo das zugrunde gelegte Schuldverhältnis in Wirklichkeit unwirksam, der Besitzer jedoch hinsichtlich seiner sofortigen Herausgabepflicht gegenüber dem Eigentümer redlich ist. So einmal, wenn der unter dem Rücktrittsvorbehalt stehende Grundstückskaufvertrag tatsächlich gar nicht gültig zustandegekommen ist und darum auch weder mit der Übergabe insoweit in Vollzug gesetzt noch durch die Rücktrittserklärung erst wieder rückwirkend aufgelöst wird. Dann ist der Besitzer von vornherein ebensowenig schutzwürdig wie bei der rückwirkenden Auflösung des zunächst vollwirksamen Vertrages. Die andere Fallgestaltung wurde schon berührt: Ist der Mietvertrag oder die Sicherungsabrede nichtig, verdient auch der hinsichtlich seiner sofortigen Herausgabepflicht redliche Fremdbesitzer von vornherein insoweit keinen Schutz, als er noch vor der mit Wirkung für die Zukunft erwarteten Auflösung des vermeintlich in Vollzug gesetzten Schuldverhältnisses, also noch vor Ablauf der in Aussicht genommenen Mietzeit und vor Rückzahlung der gesicherten Schuld, über das hinausgeht, was er bei Gültigkeit und Erfüllung des Schuldverhältnisses an sich mit der Sache tun dürfte. Sobald der für die Auflösung des Schuldverhältnisses vorgesehene Zeitpunkt überschritten ist, sobald also das Schuldverhältnis, wäre es gültig zustandegekommen, nunmehr nicht länger erfüllt wäre, entfällt ein Bedürfnis für den Schutz dieses Besitzers vollends ganz.

Endlich wird dem Besitzer auch dann von vornherein jede Schutzwürdigkeit aberkannt, wenn er durch den Erwerb des Rechts zum Besitz gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat (§ 819 Abs. 2 BGB). Denn auch dann darf er nicht darauf vertrauen, daß er das ihm vom Eigentümer eingeräumte Recht zum Besitz behalten wird.

Gemessen an den Fällen der Unredlichkeit des berechtigten Besitzers ergeben somit die Fälle, in denen er ungeachtet seiner Redlichkeit gleichwohl nicht schutzwürdig ist, ein wesentlich differenzierteres Bild. Das ist insofern bemerkenswert, also für die auf der Vindikation des Eigentümers gegen den nicht berechtigten Besitzer auf-

bauende Haftungsregelung im Gesetz den gleichen Sachverhalten zumindest nicht mit derselben Ausführlichkeit wie hier entsprochen wird.[725]

Ist der zum Besitz berechtigte Besitzer in dem dargelegten Sinne unredlich oder jedenfalls nicht schutzwürdig, haftet er dem Eigentümer auf Grund der Leistungskondiktion "nach den allgemeinen Vorschriften" (§§818 Abs. 4, 819, 820 Abs. 1 BGB). Damit verliert er sein Privileg. Er hat also für den Schaden wegen Verzuges der Herausgabe einzustehen, der sich konkret (§ 286 BGB) oder über die Versäumung ordentlicher Nutzungen abstrakt (§§ 292 Abs. 2, 987 Abs. 2 BGB) berechnen läßt. Und er hat vor allem Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Herausgabe oder, wie das Gesetz es ausdrückt, Ersatz für den Schaden zu leisten, "der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann" (§§ 292 Abs. 1, 989 BGB)[726].

cc) Die gezogenen Nutzungen ist der berechtigte Besitzer dem Eigentümer in klarem Gegensatz zu den Sondervorschriften der Vindikationsregelung unabhängig davon zu erstatten verpflichtet, ob er nach dem vorstehend entwickelten Verständnis als redlich und schutzwürdig zu betrachten ist oder nicht (§ 818 Abs. 1 Fall 1 bzw. §§ 818 Abs. 4, 819, 820 i.V.m. §§ 292 Abs. 2, 987 Abs. 1 BGB)[727]. Soweit jedoch die Herausgabe solcher Nutzungen nachträglich unmöglich wird, wirkt sich das Schadensprivileg wieder aus: Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Herausgabe der Nutzungen hat nur der unredliche oder doch nicht schutzwürdige Besitzer zu leisten. Der redliche und schutzwürdige Besitzer kann sich dagegen auf die Auskehrung der noch vorhandenen Nutzungen beschränken. Im übrigen wird, wovon schon die Rede war, der Ersatz von Verwendungen, den der Besitzer vom Eigentümer verlangen kann, mit dieser Nutzungshaftung besonders abgestimmt. Das geschieht in der Weise, daß auch die dafür einschlägigen Vorschriften

725) Darauf war schon oben Note 613 und 646 hinzuweisen.
726) Zum Verhältnis von § 989 BGB zu § 280 BGB vor allem schon oben Note 598.
727) Dazu schon oben Note 609 und 644.

wieder nach denselben Voraussetzungen differenzieren (§ 818 Abs.3 bzw. §§ 818 Abs. 4, 819, 820 Abs. 1, 292 Abs. 2, 994 Abs. 2 BGB).

dd) Die Tragweite des in die Opferhaftung mit der allgemeinen Leistungskondiktion eingebetteten Schadensprivilegs des zum Besitz berechtigten Besitzers steht und fällt notwendig mit möglichen anderweitigen Schadensersatzansprüchen gegen den Besitzer. Um sie voll zu ermessen, muß man sich vor allem noch einmal die strikte Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz des subjektiven Eigentumsrechts vergegenwärtigen: Der Besitzer, der immer schon mit der Übergabe der Sache vom Eigentümer berechtigter Besitzer geworden ist, kann - und das gänzlich unabhängig von seiner Redlichkeit oder Schutzwürdigkeit - wegen dieser Alternativität der Haftung von vornherein und ein für allemal dem Eigentümer weder im Rahmen der auf der Vindikation nach § 985 BGB aufbauenden bereicherungsrechtlichen Haftungsregelung noch im Rahmen einer auf § 823 Abs. 1 BGB oder § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB aufbauenden deliktsrechtlichen Haftungsregelung des Eingriffsschutzes schadensersatzpflichtig werden.

Soweit das Schadensprivileg bezüglich der sekundären Deliktsansprüche im Bereich der Opferhaftung aus dem Eigentumsrecht tatsächlich zum Zuge kommt, kann es also niemals von konkurrierenden Schadensersatzansprüchen der Eingriffshaftung aus dem Recht durchkreuzt werden. Dabei ist hinzuzufügen, daß solche Schadensersatzansprüche des Eigentümers auch ihrerseits immer nur durch ein der Erlangung der Sachherrschaft erst nachfolgendes Verhalten des Besitzers ausgelöste sekundäre Deliktsansprüche sein könnten: Ansprüche nämlich, die sich an die Vindikation als bereicherungsrechtlichen oder an einen deliktsrechtlichen, jedenfalls aber schon mit der Erlangung der Sachherrschaft eingriffsweise begründeten primären Herausgabeanspruch des Eigentümers erst anschließen. Praktische Bedeutung hat das vor allem für die Deliktshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB. Sind zum Beispiel Kauf und Übereignung unerkannt gescheitert, und hat der Besitzer dann die ihm vom Eigentümer angelieferte Ware mutwillig verderben lassen, kann er auch nach § 823 Abs. 1 BGB vom Eigentümer nicht auf Schadensersatz belangt werden. Um das Schadensprivileg des mit der allgemeinen Lei-

stungskondiktion herausgabepflichtigen berechtigten Besitzers gegenüber dem Eigentümer wirksam auszugestalten, kann man sich daher mit der Schaffung dieses Privilegs allein schon begnügen. Es reicht aus, den Besitzer von der sekundären Deliktshaftung im Rahmen der Opfersicherung auszunehmen, die an sich auf den mit einer wirksamen Leistung des Eigentümers ausgelösten bereicherungsrechtlichen Primäranspruch des Eigentümers folgt. Einer besonderen Sicherstellung der Effektivität dieses Privilegs durch eine Abschirmung gegen parallele Schadensersatzansprüche des Eingriffsschutzes bedarf es nicht.

Aber eben auch soweit der berechtigte Besitzer hinsichtlich seiner auf dieser allgemeinen Leistungskondiktion beruhenden Herausgabepflicht gegenüber dem Eigentümer unredlich oder zwar redlich, aber trotzdem nicht schutzwürdig ist, ist er in derselben Weise von einer Schadensersatzpflicht für ein der Erlangung der Sachherrschaft nachfolgendes Verhalten im Rahmen der bereicherungs- und deliktsrechtlichen Eingriffshaftung aus dem Eigentumsrecht vollständig ausgenommen. Dabei bleibt es, wie noch einmal hervorzuheben ist, auch dann, wenn der redliche berechtigte Fremdbesitzer "exzediert". Eine Haftungslücke entsteht dadurch nicht. Überschreitet der Besitzer den Rahmen des vermeintlich gültig zugrunde liegenden Schuldverhältnisses, so ist er trotz der Unkenntnis seiner sofortigen Herausgabepflicht insoweit nicht schutzwürdig und damit der sekundären Deliktshaftung im Rahmen der Opfersicherung unterworfen. Der Verwahrer, so haben wir schon festgestellt, der die ihm vom Eigentümer ohne gültigen Schuldvertrag in Obhut gegebene Sache beschädigt oder in fremde Hände wandern läßt, ist für den Schaden nur nach der analog heranzuziehenden Vorschrift des § 820 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB verantwortlich. Eine Eingriffshaftung und insbesondere die Deliktshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB dagegen scheidet aus. Es genügt vollkommen, dem berechtigten Besitzer das Schadensprivileg im Rahmen der Opferhaftung aus dem Eigentumsrecht insoweit zu versagen, als er nicht schutzwürdig ist.

Unberührt von der Opferhaftung und deren möglicher Einschränkung durch das Schadensprivileg bleibt demgegenüber die außerhalb des Drittschutzes des subjektiven Eigentumsrechts stehende und darum ihren eigenen Voraussetzungen folgende Deliktshaftung eines berechtigten Besitzers gegenüber dem Eigentümer nach §§ 823 Abs. 2, 826 BGB. Diese mit der Opferhaftung in Anspruchskonkurrenz[728] stehende sonstige Haftung kann sowohl, wie bei der Erschleichung durch Betrug, an die Erlangung der Sachherrschaft als auch, wie bei einer Unterschlagung, an ein der Erlangung der Sachherrschaft erst nachfolgendes Verhalten des Besitzers erstmalig anknüpfen.

Soviel muß hier genügen. Uns kommt es nur darauf an, die Trias der grundsätzlichen Fragen herauszuarbeiten, die das im Rahmen der allgemeinen Bereicherungshaftung mit der Leistungskondiktion gewährte Schadensprivileg im Hinblick auf anderweitige Schadensersatzansprüche gegen den Besitzer aufwirft. Denn gerade auch insoweit wird uns die entsprechende Fragestellung im Bereich der Vindikationshaftung noch besonders beschäftigen. Halten wir daher diese Fragen fest: Einmal müssen, soll die Effektivität des Schadensprivilegs gewährleistet sein, mögliche [illegible] Schadensersatzansprüche des Drittschutzes ausgeschaltet bleiben. Sodann ist im Auge zu behalten, daß mit der Sicherstellung des Privilegs nicht andererseits wieder eine Haftungslücke aufgerissen werden darf. Schließlich ist gegenüber den Schadensersatzansprüchen Stellung zu beziehen, die nicht auf den Drittschutz des subjektiven Eigentumsrechts zurückzuführen sind.

ee) Wir können somit zusammenfassen: Soweit die Haftungsregelung der Opfersicherung von der allgemeinen und nicht von einer besonderen Leistungskondiktion ausgeht, erhält sie ihr spezifisches Gepräge durch ein mit dem Gedanken des Verkehrsschutzes zu erklärendes Schadensprivileg des Herausgabeschuldners. Dabei ist zu beachten, daß wie der Verkehrsschutz stets, so auch seine hier erörterte besondere Ersteinungsform einen Leistungssachverhalt zur Voraussetzung hat.

728) Oben zu Note 711.

b) Damit können wir uns nun auch den Sondervorschriften der §§ 985, 987 ff. BGB für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem nichtberechtigten Besitzer unmittelbar selbst zuwenden. Hat der Besitzer die Sache nicht wirksam übergeben erhalten, ist er zum Besitz nicht berechtigt, sondern bloßer Nurbesitzer. Dann finden in seiner Beziehung zum Eigentümer die auf der Vindikation nach § 985 BGB als besonderer Eingriffskondiktion aufbauende Haftungsregelung und außer dieser grundsätzlich auch die auf den Deliktsansprüchen nach §§ 823 Abs. 1, 687 Abs. 2 Satz 1 BGB aufbauenden Haftungsregelungen des Eingriffsschutzes Anwendung. Diesen Haftungsregelungen des Eingriffsschutzes gegenüber ist die von der allgemeinen oder von einer besonderen Leistungskondiktion ausgehende Haftungsregelung der Opfersicherung ausgeschlossen. Prägen wir uns die typischen Fallkonstellationen für ein derartiges Eigentümer-Besitzer-Verhältnis auch hier[729] noch einmal besonders ein: Der Besitzer entzieht die Sachherrschaft dem Eigentümer gegen oder doch ohne dessen Willen. Oder er entzieht sie in derselben Weise einem Dritten, mag sie dieser nun seinerseits durch Übergabe der Sache vom Eigentümer oder von einem sonstigen Dritten oder aber auch selbst schon durch Entziehung erlangt haben. Und schließlich vor allem auch, der Besitzer erhält die Sache von einem Dritten ausgehändigt, dessen Übergabe anders als diejenige von Seiten des Eigentümers wegen mangelnder Verfügungsmacht über das Recht unwirksam ist, und enthält nun die Sachherrschaft dem Eigentümer vor[730].

aa) Unter diesen verschiedenen Konstellationen heben sich die beiden zuerst angeführten Fälle des "offenen" Eingriffs[731] gegen einen Leistungssachverhalt nicht nur in ihrem äußeren Erscheinungsbild, sondern auch in ihrer Interessenlagerung klar ab: Bisher hatten wir die Notwendigkeit, die falsche Überdehnung der Vindikations-

729) Zuletzt darüber oben zu Note 470.

730) Mit der hier getroffenen Unterscheidung von "Entziehung" und "Vorenthaltung" der Herrschaftsmacht über die Sache lehnen wir uns bewußt an den Wortlaut von § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB an. Es ist aber daran zu erinnern, daß der die Vindikation nach § 985 BGB auslösende Eingriff in das Eigentumsrecht gleichwohl immer als "objektiver" Eingriff verstanden werden muß.

731) Zum "offenen" Eingriff und zu seinem Gegenstück im "verdeckten" Eingriff oben zu Note 415 bis 417 und zuletzt bei Note 489/90.

haftung zurückzudrängen und im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis statt dessen nach Opfersicherung und Eingriffsschutz zu unterscheiden, auf die einfache Formel bringen können, daß wer vom Eigentümer etwa ein Grundstück noch vor der Auflassung eingeräumt oder einen Gegenstand zur Leihe oder zum Pfand ausgehändigt erhalten hat, nicht die gleiche Behandlung verdient wie ein Eindringling oder ein Dieb. Umgekehrt wäre dann jetzt zu formulieren, daß der Eindringling oder der Dieb nicht auf die gleiche Behandlung zählen kann wie ein Besitzer, dem die Sachherrschaft als künftigem Eigentümer oder als Entleiher oder Pfandgläubiger leistungsweise zugefallen ist. Der weitere, zuletzt genannte Fall der Entstehung einer Vindikationslage durch die unwirksame Übergabe von einem Nichteigentümer an den neuen Besitzer wirft nun demgegenüber besondere Probleme auf: Hat ein Dritter dem Besitzer das Grundstück ohne die Zustimmung des Eigentümers mietweise eingeräumt oder gestohlenes Gut zum Zweck der Übereignung oder Verpfändung ausgehändigt, liegt dem äußeren Erscheinungsbild nach zwar ein Leistungssachverhalt vor. Dennoch aber beherrscht auch hier allein der Eingriffsschutz das Feld. Denn obgleich der Besitzer die Sachherrschaft leistungsweise erlangt hat, ist tatsächlich wegen der Unwirksamkeit der Übergabe doch ein Eingriff in das Eigentumsrecht gegeben. In Wirklichkeit also ist das Eigentumsrecht durch einen "verdeckten", nämlich durch die unwirksame Leistung verdeckten Eingriff verletzt. Damit überschneiden sich hier nun aber auch die schutzwürdigen Interessen des verletzten Eigentümers auf der einen und des auf einen Leistungserwerb vertrauenden, in Wahrheit jedoch mit einem Eingriffserwerb herausgabepflichtigen Besitzers auf der anderen Seite. Dieser Überschneidung wird dadurch Rechnung getragen, daß dem Besitzer auch im Rahmen des Eingriffsschutzes ein Verkehrsschutz gegenüber dem Eigentümer zugute kommt.

Dieser auch einem nichtberechtigten Besitzer dem Eigentümer gegenüber eingeräumte und in § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB festgehaltene Verkehrsschutz stützt sich wieder auf die Vermutung, daß die leistungsweise empfangene Bereicherung als gerechtfertigte Bereicherung zu betrachten ist und darum nicht herausgegeben werden muß[732]; Der

732) Zuletzt oben zu Note 716.

Schutz wird dem Besitzer gewährt, der tatsächlich darauf vertraut und darauf vertrauen darf, daß er seinen Leistungserwerb, wie der Käufer, endgültig oder, wie der Mieter oder Pfandnehmer, doch wenigstens vorläufig behalten kann - mag es in Wahrheit auch um einen sofort herauszugebenden Eingriffserwerb gehen, welcher der Vindikation des vom Leistenden verschiedenen Eigentümers unterworfen ist. Dabei handelt es sich einmal wieder um das "Schadensprivileg", das wir schon im Bereich der Opfersicherung herausgearbeitet haben. Im Rahmen des Eingriffsschutzes genießt der Besitzer darüber hinaus aber auch noch ein besonderes "Nutzungsprivileg".

Immer aber kann dieser Schutz gegenüber dem Eigentümer nur einem Besitzer zuteil werden, der durch die unwirksame Leistung eines Nichteigentümers Besitzer geworden ist und sich den Besitz nicht, wie § 992 BGB formuliert, "durch verbotene Eigenmacht verschafft hat". Das verdient mit allem Nachdruck festgehalten zu werden. Denn die mit Recht vielkritisierte Undurchsichtigkeit der Vindikationsvorschriften in den §§ 985, 987 ff. BGB und ihrer Abgrenzung zur Deliktshaftung in § 992 BGB beruht vor allem darauf, daß das Gesetz die Voraussetzungen des Schadens- und Nutzungsprivilegs wieder als den Regeltatbestand schlechthin voranstellt. Damit aber kommt man fast zwangsläufig zu falschen Schlüssen. In Wirklichkeit ist eine derartige Privilegierung des Besitzers schon von vornherein gar nicht in allen zu einer Vindikationslage führenden Eingriffsfällen möglich. Sie kann vielmehr - stets und ausschließlich - nur in dem eigens herauszuhebenden, besonderen Fall der unwirksamen Übergabe der Sache vom Nichteigentümer überhaupt in Betracht gezogen werden. Wie überall, so ist auch hier der Verkehrsschutz von vornherein an einen - und sei es auch nur dem äußeren Anschein nach vorliegenden - Leistungssachverhalt gebunden.

bb) Der Sinn des Schadensprivilegs bleibt sich gleich. Auch der nichtberechtigte Besitzer soll, wenn er die Sachherrschaft durch unwirksame Übergabe von einem Nichteigentümer erlangt hat, im übrigen aber wieder hinsichtlich seiner bereicherungsrechtlichen Herausgabepflicht redlich und schutzwürdig ist, über die Sachherrschaft disponieren können, ohne über deren Auskehrung an den Eigentümer hinaus

eine Einbuße gewärtigen zu müssen: Ebenso wie der bei wirksamer Übergabe der Sache vom Eigentümer mit der allgemeinen Leistungskondiktion herausgabepflichtige berechtigte Besitzer wird in diesem einen Fall auch der mit der Vindikation als besonderer Eingriffskondiktion herausgabepflichtige Nurbesitzer dem Eigentümer für ein an sich rechtswidriges Verhalten[733] nicht schadensersatzpflichtig, sofern er mit seiner Herausgabepflicht nicht rechnet und nicht rechnen muß. Er braucht dann nämlich nicht für ein rechtswidriges Verhalten einzustehen, durch das er die Herausgabe seiner Bereicherung um die nichtberechtigte Herrschaftsmacht über die Sache verzögert oder unmöglich macht[734].

Wie schon gesagt, legt das Gesetz in der Darstellung der Vindikationsregelung über den besonderen Fall des von einer unwirksamen

733) Dazu wieder oben Note 717.

734) Wie schon im Rahmen der allgemeinen Bereicherungsvorschriften (oben Note 719), so schlüsselt die herrschende Meinung das Schadensprivileg auch im Rahmen der besonderen Vindikationsvorschriften regelmäßig systematisch gesehen nicht näher auf. Dazu insbesondere: Mot. III 400 ff.; Prot. III 336 ff.; Heck, Sachenrecht § 68, 1, 10 und 11; Siber JhJ 89, 10/11, 33 ff., 44 ff.; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 III; Westermann, Sachenrecht § 31 I 3, II 1 c, V; Baur, Sachenrecht § 11 A II 2; BGHZ 34, 129 (134). Das ist hier jedoch insofern weniger verfänglich als dort, weil das Gesetz in § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB diesen Systembezug wesentlich deutlicher in Erscheinung treten läßt als mit dem "Wegfall der Bereicherung" in § 818 Abs. 3 BGB.

Das Privileg geht hier auf die römischrechtliche Entlastung des Besitzers bei fehlgeschlagenem Eigentumserwerb zurück: "quasi rem suam neglexit". Dieser Gedanke reicht jedoch für das geltende Recht nicht aus, das in der Vindikationshaftung grundsätzlich zwischen dem Eigen- und dem Fremdbesitzer keinen Unterschied macht; zu eng daher auch BGH aaO. Begnügt man sich, wie gewöhnlich, mit der Feststellung, das Gesetz habe eine Bevorzugung des redlichen Besitzers gewollt (so etwa Baur aaO) und die Herausgabe der Sache an den Eigentümer solle die "Opfergrenze" für den Besitzer bilden (so Westermann aaO II 1 c und V), ist damit über den Sinn des Privilegs im Grunde genommen noch nicht viel ausgesagt. Nicht zuletzt wegen dieser auch schon in den Gesetzesmaterialien (vgl. aaO) nicht klar beantworteten Sinnfrage kritisch Heck aaO 10 und 11. Eindeutig zu erfassen ist der Sinn des Schadensprivilegs nur, wenn man in der Vindikationshaftung eine spezielle Bereicherungshaftung sehen gelernt hat, in der sich folgerichtig auch der entsprechend schon für die allgemeine Bereicherungshaftung vorgesehene Verkehrsschutz des Herausgabeschuldners bei abgeleitetem Erwerb wiederfindet.

Leistung eines Nichteigentümers verdeckten Eingriffs in das Eigentumsrecht hinaus die Redlichkeit und Schutzwürdigkeit des nichtberechtigten Besitzers als Regeltatbestand für schlechthin alle Eingriffsfälle zugrunde, die zu einer Vindikationslage führen können. Über dieser mangelnden Differenzierung zwischen den verschiedenen Eingriffsfällen wird der sachlich allein auf den Fall des fehlgeschlagenen Leistungserwerbs ausgerichtete Zuschnitt des Haftungsprivilegs in höchst irreführender Weise verwischt. Liegt in dieser verfehlten Generalisierung des Gesetzes bereits Unklarheit genug, ist es schon gar nicht zu rechtfertigen, wenn man sie ohne Zwang noch vergrößert. Gerade das aber bewirkt die herrschende Meinung, wenn sie sogar auch dort von einer Vindikationslage ausgeht, wo beispielsweise beim Scheitern von Kauf und Übereignung oder bei der Vermietung auf Grund eines nichtigen Vertrages der Eigentümer selbst die Sache dem Besitzer übergeben hat. Richtig gesehen hat dann der Besitzer vielmehr berechtigten Besitz, der statt der Vindikation der allgemeinen Leistungskondiktion unterliegt. Andererseits ist die Unklarheit des Gesetzes aber auch nicht vollständig auszuräumen. Auch das freilich ist wenigstens von Siber mit der Behauptung versucht worden, der Anwendungsbereich der Vindikationsvorschriften sei überhaupt nur auf den Fall zu beschränken, wo ein von einem fehlgeschlagenen Leistungserwerb verdeckter Eingriffserwerb durch Übergabe der Sache vom Nichteigentümer an den neuen Besitzer vorliegt[735]. Wenn dies gleichfalls nicht angängig ist, so deshalb, weil nun einmal auch die Fälle, in denen der Besitzer, wie beispielsweise der Dieb, die Herrschaftsmacht über die Sache vom Eigentümer oder von einem Dritten in offenem Eingriff erlangt hat, aus der Vindikationslage schlechterdings nicht wegzudenken sind[736]. Damit ist der Eigentümer,

735) JhJ 89, 10/11 und öfter; vgl. auch schon Passivlegitimation 252 ff.

736) Siber (JhJ 89, 10) verkennt nicht, daß man die Vindikation schon immer gerade auch gegen den Dieb gerichtet hatte. Für das geltende Recht hält er insoweit jedoch die "schwächere" Vindikation nach § 985 BGB gegenüber dem "stärkeren" Deliktsanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB und gegenüber dem (von ihm noch nicht nach Leistungs- und Eingriffskondiktion differenzierten; oben zu Note 342/3 und 353) Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 BGB für entbehrlich; vgl. oben zu Note 318 bis 323. Jedenfalls in diesem Ansatz hat Siber von seiner auf der Unterscheidung von "starken" und "schwachen" Ansprüchen aufbauenden formalen Betrachtungsweise nie weg-

will er das Schadensprivileg ausschließen, an sich in jedem Fall darauf angewiesen, dem nichtberechtigten Besitzer das Fehlen der Voraussetzungen für seine Redlichkeit und Schutzwürdigkeit konkret entgegenzuhalten. Tatsächlich kann es jedoch eine solche Redlichkeit und Schutzwürdigkeit des nichtberechtigten Besitzers nicht anders als die zu dem Regeltatbestand führende Vermutung, daß eine Leistungsbereicherung mit Rechtsgrund erlangt sei, eben keineswegs in allen Eingriffsfällen geben. Diese Möglichkeit bleibt vielmehr auf den besonderen Fall einer einen Eingriff in das Eigentumsrecht verdeckenden unwirksamen Leistung beschränkt[737]. In den Fällen des offenen Eingriffs dagegen kann der nichtberechtigte Besitzer immer nur unredlich sein[738].

So hat es keinen Sinn, Redlichkeit oder Unredlichkeit des nichtberechtigten Besitzers dann als eine mögliche Alternative überhaupt ins Spiel zu bringen, wenn er, wie der Dieb, die Sache dem Eigentümer oder einem Dritten entzogen hat. Dann nämlich ist es für den Besitzer stets schon von vornherein gar keine Frage, daß er dem Eigen-

---

gefunden. Die von ihm angestrebte Lösung der Konkurrenzfragen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ist indes nur zu finden, wenn man von der Funktion der jeweiligen Haftung ausgeht und dementsprechen Leistungs- und Eingriffssachverhalte unterscheidet. Wo der Eigentümer gegen den Besitzer die Leistungskonditkion hat, ist die Vindikation (Eingriffskondiktion) und der deliktsrechtliche Eingriffsanspruch ausgeschlossen, und umgekehrt. Dagegen kann die Vindikation als bereicherungsrechtlicher Eingriffsanspruch mit dem deliktsrechtlichen Eingriffsanspruch in (Begründungs-)Konkurrenz stehen.

737) Insoweit behält darum Siber (vorige Noten) wenigstens im Ergebnis Recht.

738) Wie entsprechend schon bei den allgemeinen Bereicherungsvorschriften (oben Note 720), so wird auch bei den besonderen Vindikationsvorschriften die nach prozessualen, d.h. unter Beweisgesichtspunkten getroffene Anordnung im Gesetz regelmäßig in dem Sinn verstanden, daß die Beschränkung der Vindikationshaftung nach § 9?? Abs.1 Halbs. 2 BGB auch materiell-rechtlich die Regel darstelle, die uneingeschränkte Haftung hingegen die Ausnahme. Dazu statt aller bei spielsweise Heck, Sachenrecht § 68,1, wo die Erörterung der Vindikationsregelung mit dem lapidaren Satz eingeleitet wird: "Der Besitzer wird durch das BGB bevorzugt." Daß man damit auch hier wieder der systematischen Stellung der Haftungsbeschränkung als eines an der normalen Haftung gemessen besonderen Privilegs Gewalt antut, wird jedenfalls dann völlig deutlich, wenn man sich klargemacht hat, daß die Beschränkung der Haftung unter den verschiedenen Eingriffsfällen tatsächlich allein in demjenigen der unwirksamen Übergabe der Sache vom Nichteigentümer erheblich werden kann.

tümer mit der Vindikation herausgabepflichtig ist. Wen er dabei für den Eigentümer hält, ist gleichgültig. Wohl aber eröffnet sich in Parallele zu § 819 Abs. 1 BGB wirklich eine entsprechende Alternative und damit auch eine sinnvolle Frage nach der Unredlichkeit des Besitzers dort, wo er die Sache,wennschon unwirksam, vom Nichteigentümer übergeben erhalten hat. Schon von vornherein unredlich ist ein solcher auf Grund unwirksamen Leistungserwerbs vom Nichteigentümer nichtberechtigter Besitzer, wenn er bei der Erlangung der Sachherrschaft nicht in gutem Glauben ist, d.h. wenn er weiß oder grobfahrlässig verkennt, daß er sofort herausgabepflichtig ist (§ 990 Abs. 1 Satz 1 BGB)[739]. So liegt es, wenn er im Falle der ohne Zustimmung des Eigentümers vorgenommenen Vermietung oder der unwirksamen Übereignung oder Verpfändung der Sache durch den Nichteigentümer

739) Während die herrschende Meinung bei den allgemeinen Bereicherungsvorschriften die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Bereicherungsschuldners im Hinblick auf § 819 Abs. 1 BGB auf den "rechtlichen Grund" der Bereicherung bezieht, soll hier bei den besonderen Vindikationsvorschriften der gute Glaube des Besitzers derjenige an das eigene Recht zum Besitz sein; oben Note 721 m.Nachw. Anders in der Konsequenz seiner oben zu Note 735 bis 737 geschilderten und schon widerlegten These Siber, demzufolge es sich bei den Vindikationsvorschriften um den guten Glauben des Besitzers an das Eigentum dessen handeln soll, von dem er die Sache übergeben erhalten hat; Passivlegitimation 252 ff., JhJ 89, 7 ff. Für die herrschende Ansicht spricht die Fassung von § 990 Abs. 1 BGB. In Wahrheit ist jedoch, worauf schon hingewiesen wurde, bei der allgemeinen Bereicherungshaftung und bei der Vindikationshaftung genau dasselbe gemeint: Es kommt beidemal auf die Redlichkeit des Schuldners in Bezug auf seine sofortige bereicherungsrechtliche Herausgabepflicht gegenüber dem Gläubiger an.

Nicht durchschlagend ist hiernach das für die zutreffende Beschränkung der Vindikationshaftung auf den nichtberechtigten Besitz erstmals von Siber (Rechtszwang 79 ff.) aus dem Wortlaut der §§ 987 ff. BGB abgeleitete und seither überall (so beispielsweise in BGHZ 27,317 (320); eingehende Nachweise bei Dimopoulos-Vosikis, Elemente 271 FN.845) aufgegriffene Argument, daß die Unterscheidung von redlichem und unredlichem Besitzer nur dort einen Sinn habe, wo es an einem Recht zum Besitz fehlt (oben Note 322). Redlich oder unredlich in dem soeben definierten Sinne kann sowohl der mit der allgemeinen Leistungskondiktion herausgabepflichtige berechtigte Besitzer als auch der mit der besonderen Eingriffskondiktion (Vindikation) herausgabepflichtige nichtberechtigte Besitzer sein. Die Beschränkung der Vindikationshaftung auf den nichtberechtigten Besitzer läßt sich insoweit nicht mit dem Wortlaut der besonderen Vindikationsvorschriften belegen. Sie ist vielmehr damit zu erklären, daß die Vindikationshaftung ihrer Funktion nach eine der Opferhaftung aus dem subjektiven Recht entgegengesetzte Eingriffshaftung ist. Auch dazu schon oben Note 721.

weiß oder wissen muß, daß das von diesem mit seiner Leistung in Bezug genommene Schuldverhältnis nicht wirksam und daher nicht erfüllt ist. Denn mag er dann auch auf die Wirksamkeit der Übertragung als solcher vertrauen, kann es doch keinen Unterschied bedeuten, daß er sich dem Nichteigentümer gegenüber als berechtigter Besitzer mit der allgemeinen Leistungskondiktion für herausgabepflichtig hält oder halten muß, während er in Wahrheit dem Eigentümer gegenüber als nichtberechtigter Besitzer mit der Vindikation herausgabepflichtig ist[740]. Und natürlich erst recht unredlich ist er, wenn er bei der Übergabe das Fehlen der Zustimmung des Eigentümers zur Vermietung kennt, oder wenn er weiß oder doch darauf aufmerksam werden muß, daß er in dem Grundstücksveräußerer einen bloßen Bucheigentümer, in dem Verpfänder einen Dieb vor sich hat. Dann nämlich hat er die Vindikation des Eigentümers in Rechnung zu stellen, ohne daß es auf Vorhandensein und Wirksamkeit des in seinem Verhältnis zum Nichteigentümer zugrunde gelegten und mangels wirksamer Übertragung jedenfalls nicht erfüllten Schuldverhältnisses ankommt[741]. Im gleichen Sinne unredlich wird der auf Grund unwirksamer Übergabe seitens des Nichteigentümers nichtberechtigte Besitzer nachträglich, sobald er von seiner sofortigen Herausgabepflicht Kenntnis erlangt (§ 990 Abs. 1 Satz 2 BGB). Immer aber kann hier, soll sich nur überhaupt die Redlichkeit des nichtberechtigten Besitzers vermuten und zwischen seiner Redlichkeit oder Unredlichkeit abwägen lassen, allein von einem hinter einem scheinbaren Leistungserwerb verborgenen und nicht von einem offenkundigen Eingriffserwerb die Rede sein.

Wieder wesentlich vielfältiger sind die Gesichtspunkte, unter denen auch ein redlicher nichtberechtigter Besitzer dennoch als nicht schutzwürdig gelten muß. Gerade wenn man aber die Schutzwürdig-

740) Ob der nichtberechtigte Besitzer Eigen- oder Fremdbesitzer ist, macht für die Haftung keinen Unterschied; oben Note 639. Vgl. oben Note 722.

741) Umgekehrt kann der Besitzer das Nichteigentum des Leistenden, also etwa des Vermieters, durchaus kennen und dennoch redlich sein, wenn er Grund hat, auf die - in Wahrheit freilich nicht erteilte - Zustimmung des Eigentümers zur Übergabe zu vertrauen. Schon darum ist die oben Note 739 angeführte Auffassung Sibers zu eng, daß sich der gute Glaube des Besitzers auf das Eigentum des Vorgängers in der Sachherrschaft beziehe.

keit des Besitzers überhaupt nur dort doch wieder in Frage zu stellen vermag, wo ihm nicht bereits die Redlichkeit abzusprechen ist, kommt es ungeachtet der undifferenzierten Fassung des Gesetzes auch insoweit tatsächlich allein auf den Fall an, daß der Besitzer die Sache von einem Nichteigentümer unwirksam übergeben erhalten hat. Oder anders gewendet, hat er wie beispielsweise der Dieb die Sache dem Eigentümer oder einem Dritten entzogen, ist er immer und ausnahmslos unredlich. Damit ist es dann sinnlos, die Frage seiner Schutzwürdigkeit noch aufzuwerfen.

Wie der mit der allgemeinen Leistungskondiktion herausgabepflichtige berechtigte Besitzer (§ 818 Abs. 4 BGB), so ist nicht länger schutzwürdig auch der auf Grund unwirksamer Übergabe der Sache vom Nichteigentümer mit der Vindikation herausgabepflichtige nichtberechtigte Besitzer, sobald er durch die Rechtshängigkeit der auf den Anspruch gestützten Klage des Eigentümers vor seiner sofortigen Herausgabepflicht gewarnt ist (§§ 987, 989 BGB). Darüber hinaus hat man aber den Schutz eines solchen Besitzers im Einklang mit den Vorschriften der allgemeinen Bereicherungshaftung noch weiter einzuschränken, mag das Gesetz hierzu in den besonderen Vindikationsvorschriften auch weniger ausführlich gefaßt sein als dort[742].

Schon von vornherein nicht schutzwürdig ist der nichtberechtigte Besitzer nämlich auch dann, wenn der Nichteigentümer ihm die Sachherrschaft mit einer unwirksamen Leistung auf künftige Schuld verschafft hat, sofern die spätere Begründung oder das spätere Wirksamwerden des Schuldverhältnisses und damit der spätere Eintritt der Erfüllung des Schuldverhältnisses schon anfänglich ungewiß waren und dann auch, unabhängig von der Unwirksamkeit der Leistung, endgültig ausbleiben. Denn dann muß der Besitzer von Anbeginn voll mit einem Herausgabeanspruch des Nichteigentümers in Gestalt der allgemeinen Leistungskondiktion rechnen und verdient darum keinen Schutz, wenn er statt dessen in Wirklichkeit der Vindikation des Eigentümers aus-

742) Das ist oben Note 613 und 646 sowie zuletzt bei Note 725 schon hervorgehoben worden.

gesetzt ist. Dieser der Vorschrift des § 820 Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechende und in der Darstellung der Vindikationsregelung auf den ersten Blick ganz fehlende Gedanke kommt wenigstens im Ansatz in der Bestimmung des § 991 Abs. 2 BGB wieder zum Vorschein. Dabei ist beispielsweise daran zu denken, daß ein bloßer Bucheigentümer das Grundstück dem neuen Besitzer im Hinblick auf einen noch abzuschließenden oder noch behördlich zu genehmigenden Kaufvertrag schon vor der Auflassung übergeben hat, das Zustandekommen oder die Genehmigung des Kaufvertrages jedoch von Anfang an unsicher waren und dann auch endgültig scheitern. Tritt hier nun der wahre Eigentümer dazwischen, kann der Besitzer nicht mehr Schutz für sich beanspruchen, als er bei wirksamer Leistung dem Leistenden gegenüber gehabt hätte.

Damit erschöpft sich die Parallelität von allgemeiner und besonderer Bereicherungshaftung indes noch nicht. Ebenfalls von vornherein nicht schutzwürdig ist der nichtberechtigte Besitzer auch, wenn der Nichteigentümer ihm die Sache unwirksam zur Erfüllung eines Schuldverhältnisses übergeben hat, dessen spätere rückwirkende Auflösung von Anbeginn in Betracht gestanden hatte und dann auch eintritt oder bei seiner Gültigkeit eingetreten wäre. Dann nämlich muß er schon von Anfang an seine Herausgabepflicht voll in Rechnung ziehen: Wieder kann es nicht darauf ankommen, daß er, statt vermeintlich mit der Leistungskondiktion dem Nichteigentümer, in Wahrheit dem Eigentümer mit der Vindikation haftet. Hat der Nichteigentümer die Sache dem neuen Besitzer unwirksam zu Fremdbesitz übergeben, um damit ein später mit Wirkung ex nunc wieder aufzulösendes Schuldverhältnis in Vollzug zu setzen, muß der Besitzer in Entsprechung dazu gleichfalls eine Herausgabepflicht von Anfang an, wennschon nur insoweit in Rechnung stellen, als er die Schranken seines in diesem gültigen oder jedenfalls als gültig vorausgesetzten Schuldverhältnis umrissenen Dürfens im Umgang mit der Sache durchbricht; mit der Auflösung des Schuldverhältnisses oder doch, wäre es gültig, mit dem für seine Auflösung an sich vorgesehenen Zeitpunkt fällt dann die Schutzwürdigkeit des Besitzers ganz weg. Die erstere Fallgestaltung ergibt sich beispielsweise, wenn der Besitzer von einem bloßen Bucheigentümer auf Grund eines unter dessen vorsorglichem Rücktrittsvorbehalt

stehenden Kaufvertrages ein Grundstück erwerben will und es auch schon übergeben erhalten hat, die Auflassung wegen eines Widerspruchs im Grundbuch gleichfalls unwirksam oder erst für einen späteren Termin vorgesehen ist und, nachdem in Berichtigung des Grundbuchs der wahre Eigentümer eingetragen worden ist, der Bucheigentümer vom Kauf zurücktritt. Sachverhalte der zweiterwähnten Art betreffen etwa die unwirksame Übergabe zur Miete oder zum Pfand, wenn der nichtberechtigte Fremdbesitzer noch vor der tatsächlichen oder an sich in Aussicht genommenen Auflösung des zugrunde gelegten Schuldverhältnisses "exzediert" bzw. wenn er auch noch nach diesem Zeitpunkt im Besitz der Sache bleibt. Bei alledem ist, wie schon angedeutet, immer unerheblich, ob das von dem hinsichtlich seiner sofortigen Herausgabepflicht redlichen Besitzer vorausgesetzte Schuldverhältnis zunächst auch tatsächlich vollgültig vorhanden ist oder nicht und dementsprechend, wäre nur die Leistung des Nichteigentümers wirksam, erfüllt wäre oder nicht. Der Besitzer kann gegenüber der mit dem verdeckten Eingriff ausgelösten Vindikation des vom Leistenden verschiedenen Eigentümers nie mehr Schutz für sich beanspruchen, als ihm bei wirksamer Leistung gegenüber der Leistungskondiktion des Leistenden zustünde: Nicht mehr also, als er dem Nichteigentümer gegenüber hätte, wenn das Schuldverhältnis so, wie vorausgesetzt, tatsächlich bis zu seiner Auflösung in Vollzug gesetzt gewesen wäre und der Nichteigentümer nun die mit der wirksamen Leistung ausgelöste allgemeine oder besondere Leistungskondiktion gegen den Besitzer erheben könnte. Dieser der früher entwickelten Auslegung von § 820 Abs. 1 Satz 2 BGB entsprechende Gedanke ist im Bereich der besonderen Vindikationsvorschriften in der Bestimmung des § 991 Abs. 2 BGB gefaßt. Wenn dort von der Verantwortlichkeit des an sich gutgläubigen, nämlich hinsichtlich seiner sofortigen Herausgabepflicht mit der Vindikation redlichen Besitzers gegenüber einem "mittelbaren Besitzer" gesprochen wird, ist das allerdings ungenau. Die Dinge liegen nicht anders, als wir schon bei der Analyse des Wortlauts von § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB[743)] festzustellen hatten: In Wahrheit ist hier, da die

743) Oben zu Note 487 bis 491. Vgl. auch schon zu Note 415 bis 417.

Leistung des Nichteigentümers unwirksam war, zwischen ihm und dem neuen Besitzer ein "Besitzmittlungsverhältnis" oder richtiger Besitzrechtsmittlungsverhältnis überhaupt nicht entstanden. Wäre dieser Zwischenmann tatsächlich, wie wir sagen müssen, mittelbar zum Besitz berechtigt, wäre notwendig der Besitzer seinerseits unmittelbar zum Besitz berechtigt und damit der Vindikation des Eigentümers gar nicht ausgesetzt. Das Gesetz wird also auch hier der Alternativität von einem Besitzrechtsmittlungsverhältnis zugrunde liegender allgemeiner oder besonderer Leistungskondiktion und in der Vindikation zu sehender besonderer Eingriffskondiktion gegen denselben Besitzer nicht gerecht. Die vom Gesetz angesprochene Verantwortlichkeit des Besitzers gegenüber dem Zwischenmann, die richtig gesehen im Rahmen der auf einer Leistungskondiktion des Zwischenmanns gegen den Besitzer aufbauenden Haftungsregelung der Opfersicherung liegen müßte, ist hier tatsächlich gar nicht gegeben; ein mittelbares Sachherrschaftsrecht des Zwischenmanns, auf dem diese Haftungsregelung gründen müßte, liegt nicht vor. Gemeint ist aber, daß der Besitzer so, wie er als unmittelbar besitzberechtigter Besitzer einem mittelbar besitzberechtigten Zwischenmann verantwortlich wäre, als in Wirklichkeit nichtberechtigter Besitzer statt dessen dem Eigentümer verantwortlich sein soll. Dabei ist daran zu erinnern, daß eine Besitzrechtsmittlung keinen "Besitzmittlungswillen" des Besitzers voraussetzen würde, womit § 991 Abs. 2 BGB ebenso wie den Fremdbesitzer auch einen Eigenbesitzer erfaßt[744]).

Schließlich ist für den Fall der unwirksamen Übergabe der Sache von einem Nichteigentümer an den neuen Besitzer im Bereich von § 991 Abs. 2 BGB auch dem Gedanken des § 819 Abs. 2 BGB wieder Raum zu geben. Wäre die Leistung des Nichteigentümers wirksam gewesen und hätte der Besitzer durch den Erwerb der Sachherrschaft gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, würde ihm gegenüber der Leistungskondiktion des Leistenden von vornherein jede Schutzwürdigkeit aberkannt. Sieht er sich wegen der Unwirksamkeit

744) Hatten wir in der Auslegung von § 820 Abs. 1 Satz 2 BGB, auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bezogen, zunächst vom Eigenbesitzer auszugehen, um dann freilich auch den Fremdbesitzer mit zu berücksichtigen, liegt es für die Parallelbestimmung des § 991 Abs. 2 BGB, wie wir sehen, gerade umgekehrt.

der Übergabe statt einer Leistungskondiktion des Nichteigentümers der Vindikation des Eigentümers gegenüber, kann er nicht anders stehen.

Immer aber stellt sich, wie auch abschließend noch einmal hervorzuheben ist, die Frage der Schutzwürdigkeit des an sich redlichen nichtberechtigten Besitzers gleichermaßen nur in dem besonderen Fall, daß der Erwerb der Sachherrschaft auf keinem offenen, sondern auf einem von einer unwirksamen Leistung verdeckten Eingriff beruht.

Ist der nichtberechtigte, der Vindikation des Eigentümers ausgesetzte Besitzer hiernach unredlich - bei offenem Eingriffserwerb ist er das, wie gesagt, immer - oder wennschon redlich, so doch jedenfalls nicht schutzwürdig, haftet er dem Eigentümer uneingeschränkt wegen Verzuges oder Unmöglichkeit der Herausgabe auf Schadensersatz. Das ergibt sich für den konkreten Verzugsschaden aus § 990 Abs. 2 i.V.m. § 286 BGB, wobei entsprechend der allgemeinen Bereicherungshaftung § 990 Abs. 2 BGB über den Fall der Unredlichkeit des Besitzers (§ 990 Abs. 1 BGB) hinaus auf alle Fälle der mangelnden Schutzwürdigkeit des Besitzers auszudehnen ist. Für den über die Versäumung ordentlicher Nutzungen berechneten abstrakten Verzugsschaden folgt es bei Unredlichkeit des Besitzers aus § 990 Abs. 1 i.V.m. § 987 Abs. 2 BGB,für die sonstigen Fälle mangelnder Schutzwürdigkeit des Besitzers aus der Vorschrift des § 987 Abs. 2 BGB unmittelbar; dabei ist wieder in Parallele zur allgemeinen Bereicherungshaftung § 987 Abs. 2 BGB über die Rechtshängigkeit hinaus auch auf alle noch verbleibenden Fälle eines solchen Mangels der Schutzwürdigkeit zu erstrecken[745]. Für den vom Besitzer zu ersetzenden Schaden wegen

745) Über die sich aus dem Gesetzeswortlaut als solchem ergebende Diskrepanz von allgemeiner Bereicherungshaftung und Vindikationshaftung bezüglich nicht des abstrakten, wohl aber des konkreten Verzugsschadens schon oben Note 606 und 642.

Für eine Angleichung der Verzugshaftung nach §§ 812 ff. und §§ 985, 987 ff. BGB auch in dieser Beziehung eingehend Lange JZ 1964, 640 ff. mit dem Hinweis, daß die fraglichen Unterschiede in der Einzelausgestaltung der beiden Vorschriftengruppen nicht einem bewußten Werturteil des Gesetzgebers entsprechen, sondern nur auf Zufälligkeiten der Entstehungsgeschichte beruhen. Lange strebt indes eine Angleichung mit dem Ziel an, die § 990 Abs.2 BGB zunächst zu entnehmende Beschränkung der Haftung für den kon-

nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe schließlich - den Schaden also, "der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann" - ergibt es sich bei Unredlichkeit des Besitzers aus § 990 Abs. 1 i.V.m. § 989 BGB[746], bei mangelnder Schutzwürdigkeit im übrigen unmittelbar aus § 989 BGB und der in ihrer wahren Bedeutung wiederum erst durch den Vergleich mit der allgemeinen Bereicherungshaftung voll zu erschließenden Vorschrift des § 991 Abs. 2 BGB[747].

kreten Verzugsschaden auf den unredlichen Besitzer jedenfalls insoweit auch auf die allgemeine Bereicherungshaftung zu übertragen, als diese die Haftung mit der Eingriffskondiktion sei (aaO 642/3). Das ist insofern konsequent, als die Vindikation selbst schon eine Eingriffskondiktion ist und die auf ihr aufbauende Haftungsregelung bezüglich der Surrogation nicht von den Sondervorschriften der §§ 985, 987 ff., sondern von den allgemeinen Vorschriften der §§ 812 ff. erfaßt wird; vgl. auch oben Note 30 und 356 sowie zu Note 425. Aber es ist nicht einzusehen, weshalb der zwar redliche, jedoch in dem dargelegten Sinne gleichwohl nicht schutzwürdige Bereicherungsschuldner - er sei der mit der allgemeinen Leistungskondiktion herausgabepflichtige berechtigte oder der mit der besonderen Eingriffskondiktion (Vindikation)herausgabepflichtige nichtberechtigte Besitzer - milder zu behandeln sein soll als der mit der "Vertragshaftung" herausgabepflichtige Besitzer wie etwa der Mieter oder Pfandgläubiger; so richtig Larenz, Schuldrecht II § 64 II (397). Die Folge kann nur sein, daß die Verzugshaftung des redlichen, aber nicht schutzwürdigen nichtberechtigten Besitzers nach den besonderen Bereicherungsvorschriften der §§ 985, 987 ff. derjenigen des entsprechenden berechtigten Besitzers nach den allgemeinen Bereicherungsvorschriften der §§ 812 ff. anzugleichen ist. In gleicher Richtung Westermann,Sachenrecht § 32 IV 2 d; vgl. auch Brox JZ 1965, 516 ff. Dieses Ergebnis ist um so zwingender, als bezüglich des abstrakten Verzugsschadens die Vindikationshaftung schon nach dem Wortlaut des Gesetzes (§ 987 Abs. 2) nicht auf den unredlichen Besitzer allein beschränkt bleibt.

Die Frage ist im übrigen weniger wegen der Verzugshaftung als solcher als vielmehr wegen der verschärften Haftung für die Unmöglichkeit der Herausgabe unter den Voraussetzungen des Verzuges praktisch bedeutsam; § 287 Satz 2 BGB.

746) Zum Verhältnis von § 989 BGB zu § 280 BGB wiederum vor allem schon Note 598.

747) Abschließend ist noch einmal darauf aufmerksam zu machen, daß die Redlichkeit bzw. Schutzwürdigkeit des Besitzers immer nur darüber entscheidet, ob der Besitzer für das schon für sich betrachtet rechtswidrige Verhalten tatsächlich auch verantwortlich gemacht wird: das rechtswidrige Verhalten, durch das er die Herausgabe der Sache verzögert oder unmöglich macht (oben Note 717 und 733). Nicht also etwa bilden die Unredlichkeit oder doch mangelnde Schutzwürdigkeit und die Herbeiführung von Verzug oder Unmöglichkeit erst zusammengenommen das Delikt des Besitzers.

Das hat vor allem zu Zweifeln im Hinblick auf die Frage Anlaß

cc) Über das Schadensprivileg hinaus genießt der nichtberechtigte und der Vindikation des Eigentümers unterworfene, hinsichtlich seiner bereicherungsrechtlichen Herausgabepflicht jedoch redliche und schutzwürdige Besitzer zusätzlich dann noch ein besonderes Nutzungsprivileg, wenn er die Herrschaftsmacht über die Sache gegen ein Entgelt erlangt hat: Er darf die bereits gezogenen ordentlichen Nutzungen endgültig behalten. Daß hierin ein eigenständiges und mit der Redlichkeit und Schutzwürdigkeit des Besitzers allein noch keineswegs hinlänglich zu erklärendes Privileg zu sehen ist, zeigt wieder ein Blick auf die allgemeinen Bereicherungsvorschriften. Hat nämlich der dem Eigentümer mit der allgemeinen Leistungskondiktion herausgabepflichtige berechtigte Besitzer Nutzungen gezogen, so muß er sie - worauf schon hinzuweisen war[748] - unabhängig von seiner Redlichkeit oder Schutzwürdigkeit und auch ohne Rücksicht auf die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit seines Erwerbs sämtlich dem Eigentümer erstatten.

Auch insoweit hat das Gesetz in der Darstellung der Vindikationsregelung wieder die Redlichkeit und Schutzwürdigkeit des nichtberechtigten Besitzers durchgängig zum Regeltatbestand erhoben, dem gegenüber der Eigentümer das Fehlen dieser Voraussetzungen eigens erst darlegen muß. Aber auch hier bedarf das einer einschränkenden Klarstellung. Das Vorhandensein oder Fehlen von Redlichkeit und Schutzwürdigkeit des Besitzers bildet ebenso wie die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Erwerbs der Sachherrschaft unter den verschiedenen zu einer Vindikationslage führenden Eingriffsfällen tatsächlich nur dort überhaupt eine echte Alternative, wo kein offen-

---

gegeben, ob für die Haftung des Besitzers nach § 990 BGB bei der Wahrnehmung der Sachherrschaft durch einen Besitzdiener auf § 166 BGB oder aber af § 831 BGB abzustellen ist; dazu statt aller übrigen Baur, Sachenrecht § 5 II 1 c, bb m.w.Nachw. In Wahrheit ist diese Frage in einer solchen Alternative schon falsch gestellt.Was die Redlichkeit beim Besitzerwerb durch einen Besitzdiener angeht, ist auf den in der (unwirksamen) Übergabe der Sache gelegenen schlichten Vertrag zwischen dem Nichteigentümer und dem neuen Besitzer abzuheben, auf den § 166 BGB Anwendung findet. Entsprechend ist auch für die nachfolgende Wahrnehmung der Sachherrschaft durch einen Besitzdiener zu verfahren. Für das dem Besitzerwerb erst nachfolgende, die Verzögerung oder Unmöglichkeit der Herausgabe bewirkende rechtswidrige Verhalten des Besitzdieners dagegen kommt es auf den Gedanken des § 831 BGB an.

748) Oben Note 609 und 644 sowie zuletzt bei Note 727.

kundiger, sondern ein unter einem scheinbaren Leistungserwerb verborgener Eingriffserwerb gegeben ist: Nicht anders als schon die in den Regeltatbestand eingegangene Vermutung, daß der Empfänger eine vom Leistenden selbst bewirkte Bereicherung mit Rechtsgrund erlangt habe, kann das Nutzungsprivileg in Wirklichkeit allein dann überhaupt in Betracht gezogen werden, wenn der Besitzer die Sache vom Nichteigentümer unwirksam übergeben erhalten hat. Hat der Besitzer dagegen, wie der eigenmächtig auf das Grundstück gelangte Eindringling oder wie der Dieb, die Sache durch einen offenen Eingriff gegenüber dem Eigentümer oder einem Dritten an sich gebracht, ist er stets schon von vornherein unredlich. Und ebenso hat dann auch die Frage nach der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit seines Erwerbs schon von vornherein keinen Sinn.

Nur wenn man den Zuschnitt auch des Nutzungsprivilegs auf allein den einen Fall der unwirksamen Übergabe der Sache vom Nichteigentümer an den neuen Besitzer herausgearbeitet hat, läßt sich die Bedeutung dieses Privilegs erfassen. Zugleich ist nur auf diese Weise sichtbar zu machen, warum das Nutzungsprivileg im Rahmen der auf der allgemeinen oder auch auf einer besonderen Leistungskondiktion aufbauenden Haftungsregelung kein Gegenstück findet. Ist die Übergabe wirksam, weil Leistender der Eigentümer oder ein mit hinreichender Verfügungsmacht ausgestatteter Nichteigentümer ist, so sieht sich der Besitzer bei der Rückabwicklung einer Leistungskondiktion des Leistenden gegenüber. Dann aber kann er diesem Herausgabeverlangen auch das eigene Verlangen entgegensetzen, ein seinerseits dem Leistenden entrichtetes Entgelt wieder zurückerstattet zu bekommen, und regelmäßig bis zu seiner Befriedigung die Sache zurückbehalten[749]. Anders hier, wo er statt einer Leistungskondiktion des unwirksam leistenden Nichteigentümers der Vidikation des Eigentümers ausgesetzt ist, dem gegenüber der Hinweis auf ein dem Nichteigentümer gezahltes Entgelt nicht verfängt[750]. Wer - und sei es eben auch in aller Arg-

749) Jedoch nicht ausnahmslos. Anders nämlich, wenn eine solche Rückbehaltungsbefugnis dem Gebot der Verhältnismäßigkeit nicht mehr gerecht wird. So etwa dann, wenn der Mieter das Grundstück nicht herausgeben will, weil er den überzahlten Mietzins noch nicht zurückbekommen hat (§ 556 Abs. 2 BGB).

750) Das ist für die Inanspruchnahme mit der Vindikation nie zweifelhaft gewesen.

losigkeit - vom Nichteigentümer Diebesgut gekauft oder ein Kraftfahrzeug ohne die erforderliche Zustimmung des Eigentümers gemietet oder übergeben erhalten hat, muß der Vindikation des Eigentümers ohne jede Rücksicht auf den dem Verkäufer entrichteten Kaufpreis oder auf die dem Vermieter überwiesene Vorauszahlung des vereinbarten Mietzinses Folge leisten. Ob er gegenüber dem Nichteigentümer als seinem Vertragspartner mit der Rechtmängelhaftung Erfolg hat, ist an sich sein Risiko. Aber dieses notorische Risiko wird für einen redlichen und schutzwürdigen nichtberechtigten Besitzer auf Kosten des Eigentümers dadurch herabgemildert, daß er die schon gezogenen ordentlichen Nutzungen als vorsorglichen Ausgleich behalten darf. Vertraut er also darauf und darf er darauf vertrauen, daß er die Sachherrschaft nicht oder jedenfalls nicht sogleich wieder herausgeben muß, und hat er für deren Erwerb selbst etwas erlegt, ist er grundsätzlich zwar gleichwohl zu ihrer Auskehrung verpflichtet. Aber es soll wenigstens bis zu einem bestimmten Grade von einer darüber hinausgehenden Einbuße verschont bleiben, vor der ihn im Falle wirksamen Erwerbs eine Rückbehaltungsbefugnis schützen würde. Im Ergebnis wird damit ein gewisser Ersatz für ein "Lösungsrecht" bei gescheitertem Erwerb vom Nichtberechtigten geschaffen, dessen selbständige Ausbildung der Gesetzgeber abgelehnt hat[751]. Andererseits

751) Dieser von der unglücklichen Fassung des Gesetzes verdeckte Sinn des Nutzungsprivilegs ist in den Gesetzesmaterialien ebenfalls nicht klar zum Ausdruck gekommen und wird zumeist auch heute noch nicht oder doch nicht hinlänglich klar herausgearbeitet; dazu vor allem: Mot. III 400 ff.; Prot. III 336 ff.; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 II; Westermann, Sachenrecht § 31 I 3, II 2, V; Baur, Sachenrecht § 11 ~~II~~ A II 2 und 4; RGZ 163, 348 (358/9); BGHZ 32, 76 (94 ff.). Regelmäßig ist nicht nur eine scharfe Unterscheidung von Nutzungsprivileg und Schadensprivileg zu vermissen, sondern auch die Einsicht, daß eine Privilegierung des nichtberechtigten Besitzers immer nur für den einen Fall der Übergabe der Sache von einem Nichteigentümer überhaupt in Betracht gezogen werden kann, also immer eine Dreiecksbeziehung Eigentümer-Nichteigentümer-Besitzer zur Voraussetzung hat. So ist etwa die in Mot. III 401 mit dem Hinweis auf das schon bis dahin geltende Recht gegebene Begründung des Nutzungsprivilegs wenig hilfreich, man müsse eine "Überspannung des Eigentumsschutzes" vermeiden. Das gleiche gilt von der Behauptung Westermanns aaO I 3 b, dd, Veranlassung zum Schutz des gutgläubigen Besitzers sei dessen "tatsächliche Beziehung zur Sache"; kann diese Beziehung doch auch der mit der allgemeinen Leistungskondiktion herausgabepflichtige berechtigte Besitzer für sich in Anspruch nehmen. Ebenso sagt der aaO II 2 b und V aufgestellte Satz, auch hier bilde die Herausgabe der Sache die Opfer-

läßt dies in Anbetracht der besonderen Verknüpfung von Nutzungshaftung des Besitzers und Verwendungshaftung des Eigentümers auch den Anspruch des Besitzers gegen den Eigentümer auf Verwendungsersatz nicht unberührt. Kommt dem Besitzer das Nutzungsprivileg zugute, muß er vielmehr die gewöhnlichen Erhaltungskosten und grundsätzlich auch die Lasten der Sache selbst tragen (§§ 994 Abs. 1 Satz 2, 995 Satz 2 BGB)[752]. Dabei bestimmen sich seine Redlichkeit und Schutzwürdigkeit im übrigen wieder in derselben Weise wie für das Schadensprivileg.

Wenn man demgegenüber mit der herrschenden Ansicht eine Vindikationslage auch dort annimmt, wo der Besitzer die Sache vom Eigentümer übergeben erhalten hat und das zwischen ihnen beiden zugrunde gelegte Schuldverhältnis nichtig ist, überzieht man wieder den Anwendungsbereich der Vindikationsregelung und mit ihr auch das in deren Rahmen dem redlichen und schutzwürdigen Besitzer bei entgeltlichem Erwerb eingeräumte Nutzungsprivileg in unzulässiger Weise. Wird aber dieses als Ersatz für ein fehlendes "Lösungsrecht" bei gescheitertem Erwerb vom Nichtberechtigten gedachte Privileg auf Sachverhalte des Erwerbs vom Berechtigten gepreßt, muß es zwangsläufig zu sachwidrigen Ergebnissen führen. Das konnte nicht verborgen bleiben und hat denn auch verschiedene Versuche gezeitigt, das Nutzungsprivileg in derartigen Fällen wenigstens im Ergebnis wieder zu verdrängen.

Der hierzu noch vom Reichsgericht[753] gefällten Leitentscheidung der Rechtsprechung lag die Veräußerung eines landwirtschaftlichen Anwesens zugrunde. Kauf und Übereignung waren gescheitert, aber

---

grenze für den Besitzer, für sich genommen noch nicht viel aus. Richtiger ist dann schon, wenn Westermann aaO I 3 b,dd fortfährt, "häufig" sei "auch ein Ausgleich dafür angebracht, daß der Erwerb des Eigentums im Interesse des alten Eigentümers gescheitert ist". Aufschlußreich ist auch, daß der heutige § 988 BGB, von dem her das Nutzungsprivileg erst sein Profil gewinnt, entstehungsgeschichtlich im Anschluß an Zusatzbestimmungen über den Rechtserwerb vom Nichtberechtigten konzipiert und erst später den Vindikationsvorschriften eingefügt worden ist; Prot. III 349.

Wie hier dagegen klar: Heck, Sachenrecht § 68,4; Siber JhJ 89, 10/11,33 ff., 44 ff.,92 ff.; v. Caemmerer, Festschr. Boehmer 154 FN. 42. Ebenso schon oben Note 523.

Vgl. bezüglich des Schadensprivilegs oben Note 734 sowie schon Note 719.

752) Über diese Abweichung von der allgemeinen Bereicherungshaftung schon oben zu Note 612 und 645.

753) RGZ 163, 348 ff.

der Eigentümer hatte dem Käufer das Anwesen bereits übergeben gehabt. Im Streit befanden sich noch die Nutzungen, die der Käufer vor der Rückgabe an den Eigentümer erwirtschaftet hatte. Das Reichsgericht behandelte den Käufer als nichtberechtigten Besitzer und ging dementsprechend von der Vindikationshaftung aus. Dieser zufolge hätte der Besitzer aber als redlicher und schutzwürdiger entgeltlicher Erwerber die Nutzungen an sich müssen behalten können. Nun erkannte das Gericht zwar, daß dies in einem solchen Fall sachlich nicht zu rechtfertigen ist. Andererseits sah es sich jedoch gehindert, das gewünschte Ergebnis mit der allgemeinen Bereicherungshaftung zu erreichen und den Käufer nach § 818 Abs. 1 Fall 1 BGB zur Erstattung der Nutzungen zu verpflichten. Denn damit wäre es in Konflikt mit der von ihm ausdrücklich bestätigten und von der Praxis auch heute noch bestimmten, auf die Haftungssperre des § 993 Abs.1 Halbs. 2 BGB gestützten vorherrschenden Ansicht geraten, daß den Nebenansprüchen der Vindikation nach §§ 987 ff. BGB vor den Bereicherungsansprüchen nach §§ 812 ff. BGB ausschließlicher Vorrang zukommt[754]. Um dem Käufer das mit dieser zur Nutzungshaftung entwickelten Konzeption[755] nun eigentlich zwangsläufig zufallende Nutzungsprivileg gleichwohl zu versagen, verfiel das Gericht schließlich auf den Ausweg, den entgeltlichen Erwerb bei nichtigem Grundgeschäft dem

754) RG aaO 352 m.w.Nachw. zu der (in dieser Frage nicht von jeher völlig einhelligen) Judikatur und zum älteren Schrifttum; BGH JZ 1951, 716 (717); BGHZ 14, 7 (8) und 41, 157 (158/9, 162); RGRK-Johannsen, 3 zu § 987; oben Note 30 und 351.
In NJW 1968, 197 will der Bundesgerichtshof neuerdings beim sogenannten "nicht-mehr-berechtigten" Besitz die Bereicherungshaftung nach §§ 812 ff. BGB neben der Haftung nach §§ 987 ff.BGB zulassen. Doch wird ausdrücklich dazu bemerkt, daß der Fall keine grundsätzliche Stellungnahme erfordere.

755) Und nur zu dieser. Demgegenüber sagt die Vindikationshaftung nach §§ 987 ff. BGB über die Erstattung eines etwa bei Verwertung der Sache oder bei ihrer Übereignung an einen Dritten vom Besitzer erlangten Surrogats nichts aus, kann also insoweit auch die allgemeine Bereicherungshaftung nach §§ 812 ff. BGB nicht verdrängen. Diese bleibt vielmehr unabhängig von den besonderen Vindikationsvorschriften immer möglich: RGZ 115, 31 (34/5) und 163,353; BGHZ 14, 8; BGH JZ 1961, 24; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 III 6 c und FN. 3; Westermann, Sachenrecht § 31 IV 3; Baur, Sachenrecht § 11 B II 2. Oben Note 604.

unentgeltlichen Erwerb im Sinne von § 988 BGB gleichzusetzen[756].

Diese Begründung, die kaum verhüllt den Wortlaut des Gesetzes sprengt, unterläuft in Wahrheit nicht nur doch wieder die Haftungssperre des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB, sondern verkehrt wegen der in § 988 BGB vorgenommenen Verweisung auf die "Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung" auch den zunächst postulierten Grundsatz des ausschließlichen Vorrangs der Vindikationshaftung im Ergebnis in sein Gegenteil[757]. Vor allem aber werden auch die Voraussetzungen für den hier gezogenen Analogieschluß falsch gesehen. Allein Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit von Leistung und Erwerb einerseits und Wirksamkeit oder Nichtigkeit des Grundgeschäfts andererseits können die maßgeblichen Alternativen der Betrachtung bilden. Beidemal geht es um ganz verschiedene Dinge, die nicht zusammengeworfen werden dürfen. Zu Recht ist denn daran auch oft genug scharfe Kritik geübt worden[758]. Weitaus folgerichtiger ist es dann schon, wenn ein Teil der Lehre im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis auch bezüglich der Nutzungen die allgemeine Bereicherungshaftung nach §§ 812 ff. BGB von vornherein mit der Haftung nach §§ 987 ff. BGB voll konkurrieren lassen will[759]. Auf die zutreffende Begründung des einhellig als richtig empfundenen Ergebnisses stößt man indes damit noch nicht. Und auch dann nicht, wenn man davon ausgeht, daß eine Vindikationslage überhaupt nur bei Ableitung

---

756) RGZ 163, 351 ff. Bestätigend: BGHZ 7, 208 (218); 32, 76 (94); RGRK-Johannsen, 3 zu § 988.
Ausschlaggebend war dabei für das Reichsgericht (aaO 357) der Gedanke, daß beim Scheitern von Kauf und Übereignung der Besitzer nicht besser stehen könne als beim Scheitern nur des Kaufs der nach § 818 Abs. 1 BGB für die gezogenen Nutzungen voll erstattungspflichtige Eigentümer.

757) Das hat auch schon das Reichsgericht nicht ganz verkannt, wenn es zugibt, bei seiner Auslegung von § 988 BGB büße die Bestimmung des § 993 Abs.1 Halbs.2 BGB erheblich an Bedeutung ein (aaO 359).

758) Dazu Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 II 6, Westermann, Sachenrecht § 31 III 1 b, Baur, Sachenrecht § 11 B II 3 sowie vor allem etwa auch Siber JhJ 89, 34/5 und eingehend v. Caemmerer, Festschr. Boehmer 153 ff.

759) Wolff-Raiser aaO; Westermann aaO; Baur aaO; Larenz, Schuldrecht II § 64 I (392); Fikentscher, Schuldrecht § 100 II; Staudinger-Berg, 6 vor §§ 987 ff.; Soergel-Siebert-Mühl, 14 ff. vor § 987; oben Note 352. Ebenso mit der schon Note 754 genannten Maßgabe jetzt aber auch BGH NJW 1968, 197.

der Sachherrschaft des Besitzers vom Nichteigentümer entstehen könne[760], während bei Erlangung der Sachherrschaft vom Eigentümer der ausschließliche Vorrang der allgemeinen Bereicherungshaftung vor der Vindikationshaftung anzunehmen sei[761].

Es gilt vielmehr anders und genauer anzusetzen. Nicht richtig ist, daß es bei Erlangung der Sachherrschaft vom Eigentümer niemals zu einer Vindikationslage kommt. Wohl aber entsteht eine Vindikationslage dann nicht, wenn der Besitzer die Sache vom Eigentümer übergeben erhält: Auch wenn die über die bloße Übergabe hinaus beabsichtigte Übereignung der Sache scheitert, trifft der Eigentümer schon mit der Übergabe als solcher wenigstens eine schlichte, vermöge eigener Verfügungsmacht wirksame Verfügung über sein Recht, kraft deren der Erwerber unabhängig von der Nichtigkeit des zugrunde gelegten Schuldverhältnisses immerhin ein persönliches Recht zum Besitz erlangt. Damit sind hier nicht nur die Neben- und Folgeansprüche der Vindikation ausgeschlossen, sondern ist auch schon die Vindikation selbst und mit dieser die auf der Vindikation als besonderer Eingriffskondiktion aufbauende Haftungsregelung des bereicherungsrechtlichen Eingriffsschutzes in ihrer Gesamtheit nicht gegeben. Statt dessen kommt hier nur die allgemeine Leistungskondiktion und die auf ihr aufbauende Haftungsregelung der bereicherungsrechtlichen Opfersicherung zur Anwendung, in deren Rahmen der redliche und schutzwürdige Besitzer dem Eigentümer auch bei entgeltlichem Erwerb alle Nutzungen zu erstatten hat[762]. Hätte der Besitzer die

760) So die Ansicht von Siber; oben zu Note 735.
761) Siber JhJ 89, 90 ff. (umgekehrt noch Rechtszwang 130 ff.); oben zu Note 342 und 353. Zuletzt Note 736.
762) Sicherlich trifft der vom Reichsgericht (oben Note 756) herausgestellte und auch sonst (so statt aller: Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 II 6) immer wieder aufgegriffene Gedanke zu, daß beim Scheitern um Kauf und Übereignung der Besitzer nicht besser stehen könne als beim Scheitern allein des Kaufs der Eigentümer. Nur hat das mit der Vindikationshaftung und darum auch mit der Auslegung von § 988 BGB nichts zu tun. Vielmehr ist hier in beiden Fällen nur die allgemeine Bereicherungshaftung und mit dieser bezüglich der Erstattung gezogener Nutzungen ausschließlich § 818 Abs. 1 BGB heranzuziehen. Im Rahmen der allgemeinen Bereicherungshaftung bleibt sich gleich, ob der Erwerber als Eigenbesitzer das Eigentum an der Sache oder nur ein Drittbesitzrecht erlangt hat; oben Note 722.

Herrschaftsmacht über das Grundstück dagegen dem Eigentümer oder auch einem Dritten entzogen, oder hätte ein Dritter es ihm unwirksam übergeben gehabt, wäre umgekehrt allein die Vindikationshaftung anzuwenden gewesen. Das bedeutet aber weder einen Vorrang der Vindikationshaftung vor der allgemeinen Bereicherungshaftung noch einen solchen der allgemeinen Bereicherungshaftung vor der Vindikationshaftung[763]. Und darin liegt gerade auch keine Konkurrenz beider. Es ist vielmehr, wie zumindest bezüglich der dem Herausgabeanspruch beigegebenen Begleitansprüche auch schon richtig erkannt worden ist[764], erst wieder die Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz, die den Schlüssel für eine funktionsgerechte Aufteilung der Haftung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis bildet.

Wir haben diese Bewandtnis früher schon einmal in der soeben geschilderten Weise herausgearbeitet[765] und sind mit ihr selbst inzwischen längst voll vertraut. Dennoch lohnt es sich, sie auch von der hier erörterten Fragestellung her noch einmal zu beleuchten: Liefert doch gerade das Nutzungsprivileg des nichtberechtigten Besitzers, der die Sache vom Nichteigentümer übergeben erhalten hat, einen wichtigen Beleg für unsere Behauptung, daß die Übergabe der Sache vom Eigentümer an den Besitzer immer zu berechtigtem Besitz des Erwerbers führt. Für den Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer als solchen mag es vom praktischen Erfolg her gesehen vielleicht noch gleichgültig sein, ob die Sachherrschaft auf Grund der allgemeinen Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB oder auf Grund der besonderen Eingriffskondiktion nach § 985 BGB herauszugeben ist. Daß es sich dennoch beidemal um eine Haftung von ganz verschiedener Natur handelt, wird aber jedenfalls in der Frage der Nutzungshaftung auch am unterschiedlichen Ergebnis offenbar. Für die gesamte, also auch schon die Vindikation selbst mit einschließende Vindikationsregelung ist nur Raum, wo der Besitzer die Sachherrschaft vom Eigentümer oder von einem Dritten in offenem Eingriff oder aber mittels eines

763) Dies wieder gegen Siber oben zu Note 760/1. Gegen ihn und die von ihm gemachten Voraussetzungen auch schon oben zu Note 736/7.

764) v. Caemmerer, Festschr. Boehmer 154 FN. 42; oben zu Note 30, 344 und 354. Vgl. auch Westermann, Sachenrecht § 31 III 1 b (a.E.) und Esser, Schuldrecht § 186, 3 c, bb sowie dazu schon oben bei Note 357/8. Wenigstens im Ergebnis ebenso auch Dimopoulos-Vosikis, Elemente 250/1.

765) Oben zu Note 355 bis 362.

von einer unwirksamen Leistung eines Dritten verdeckten Eingriffs erlangt hat. Mit diesen Eingriffsfällen können die Fälle wirksamer Leistung nie zusammentreffen. Hält man an dem damit umrissenen Anwendungsbereich der Vindikationshaftung fest, ergibt die Haftungssperre in § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB einen klaren Sinn. Nur wenn man auch außerhalb dieses Anwendungsbereichs stehende Sachverhalte funktionswidrig mit der Vindikationshaftung zu bewältigen trachtet, ist man veranlaßt, die dann nicht mehr sachgerechte Haftungssperre durch eine fragwürdige Interpretation der besonderen Vindikationsvorschriften wieder zu unterlaufen.

Ist der nichtberechtigte Besitzer bei entgeltlichem unwirksamem Leistungserwerb vom Nichteigentümer, anders als bisher behandelt, unredlich oder doch jedenfalls nicht schutzwürdig, muß er die gezogenen ordentlichen Nutzungen dem Eigentümer erstatten. Das ergibt sich bei seiner Unredlichkeit aus § 990 Abs. 1 i.V.m. § 987 Abs. 1 BGB, beim sonstigen Fehlen seiner Schutzwürdigkeit unmittelbar aus § 987 Abs. 1 BGB, der über die Rechtshängigkeit hinaus auch auf die übrigen, in Parallele zur Versagung des Schadensprivilegs zu ermittelnden Fälle mangelnder Schutzwürdigkeit des Besitzers zu erstrecken ist. Soweit derselbe entgeltiche Besitzer hingegen Früchte gezogen hat, die "nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht als Ertrag der Sache anzusehen sind", hat er sie dem Eigentümer gänzlich unabhängig von seiner Redlichkeit und Schutzwürdigkeit immer herauszugeben. Das folgt für den Fall seiner Redlichkeit und Schutzwürdigkeit aus § 993 Abs. 1 Halbs. 1 BGB, für den Fall seiner Unredlichkeit schon aus § 990 Abs. 1 i.V.m. § 987 Abs. 1 BGB und beim sonstigen Fehlen seiner Schutzwürdigkeit bereits unmittelbar aus § 987 Abs. 1 BGB. So weit trägt also das zu Lasten des Eigentümers gehende Nutzungsprivileg des nichtberechtigten Besitzers niemals.

Wo es all dem gegenüber schon von vornherein keine Rückbehaltungsbefugnis zu kompensieren gibt, hat der nichtberechtigte Besitzer dem Eigentümer gleichfalls ohne Rücksicht auf seine Redlichkeit und Schutzwürdigkeit stets alle Nutzungen zu erstatten. Dann also bleibt es bei demselben Prinzip, das auch schon die allgemeine Be-

reicherungshaftung beherrscht. So liegt es einmal, wenn der unwirksame Leistungserwerb vom Nichteigentümer unentgeltlich erfolgt ist, und ergibt sich dann bei Redlichkeit und Schutzwürdigkeit des Besitzers aus § 988 BGB, bei seiner Unredlichkeit aus § 990 Abs.1 i.V.m. § 987 Abs. 1 BGB und bei sonstigem Fehlen seiner Schutzwürdigkeit aus § 987 Abs. 1 BGB unmittelbar[766]. Und so verhält es sich auch, wo der Besitzer die Sachherrschaft nicht durch einen von einer unwirksamen Leistung verdeckten Eingriff vom Nichteigentümer, sondern durch einen offenen Eingriff vom Eigentümer oder wiederum von einem Dritten erlangt hat. Denn auch dann besteht seine Erstattungspflicht, wie der Vergleich mit den allgemeinen Bereicherungsvorschriften lehrt, an sich unabhängig von seiner Redlichkeit und Schutzwürdigkeit. Tatsächlich ist er dann jedoch, wie noch einmal zu betonen ist, immer bereits von vornherein unredlich. Daher kann sich das Gesetz dann auch schon allein mit der für diesen Fall seiner Unredlichkeit in § 990 Abs. 1 i.V.m. § 987 Abs. 1 BGB getroffenen Anordnung begnügen[767].

---

766) Daß § 988 BGB auch alle Fälle des Fremdbesitzes erfaßt, wurde oben Note 639 schon hervorgehoben. Die zu enge Fassung der Vorschrift beruht nur auf einem Redaktionsversehen (RGZ 163, 353).
Unrichtig ist, wenn - so beispielsweise Baur, Sachenrecht § 11 A II 4 a- immer wieder mit einem Blick auf §§ 816 Abs. 1 Satz 1, 822 BGB gesagt wird, auch in § 988 BGB finde sich die typische Schwäche des unentgeltlichen Erwerbs wieder.Die Vorschrift des § 988 BGB ist nicht Ausdruck einer Ausnahme. Sie besagt vielmehr gerade umgekehrt, daß es bei unentgeltlichem Erwerb keine Rückbehaltungsbefugnis zu kompensieren gibt und darum bei der Regel der vollen Nutzungshaftung bleibt. Gegen die auch hier wieder durchschlagende Vertauschung von Regel und Ausnahme in der Vindikationshaftung schon oben Note 738.

767) Einen Sonderfall betrifft die Bestimmung des § 991 Abs. 1 BGB(oben Note 608 und 644): Hat der Besitzer die Sache unwirksam von einem Zwischenmann übergeben erhalten, der sie auch seinerseits schon unwirksam von einem Nichteigentümer übergeben erhalten hatte, so hat er sogar ungeachtet seiner Unredlichkeit dem Eigentümer gezogene Nutzungen nur dann zu erstatten, wenn schon sein Vorgänger in der Sachherrschaft nicht redlich oder doch nicht schutzwürdig war. Andernfalls könnte das Nutzungsprivileg dieses Vorgängers von dessen Rechtsmängelhaftung gegenüber dem Besitzer durchkreuzt werden.
Was schon zu § 986 Abs. 1 Satz 2 BGB (oben bei Note 487 bis 491 vgl. auch schon bei Note 415 bis 417) und zu § 991 Abs. 2 BGB (obe bei Note 743/4) festzustellen war, gilt entsprechend auch hier: Bei dem Besitzer, der sein "Recht zum Besitz" von einem "mittelbaren Besitzer" ableitet, handelt es sich um den wegen der Unwirksamkeit der Leistung dieses Nichteigentümers nur vermeintlich unmittelbar besitzberechtigten, in Wahrheit jedoch gerade der Vindikation aus-

Trotzdem bleibt die Unterscheidung von Redlichkeit und Schutzwürdigkeit des nichtberechtigten Besitzers auf der einen und seiner Unredlichkeit oder doch fehlenden Schutzwürdigkeit auf der anderen Seite immer in doppeltem Sinne bedeutsam. Zunächst differenziert auch der Anspruch des Besitzers auf Verwendungsersatz gegen den Eigentümer nach diesen Voraussetzungen (§§ 994 Abs. 1, 995, 996 bzw. § 994 Abs. 2 BGB), worin die besondere Abstimmung von Nutzungs- und Verwendungshaftung ihren grundsätzlichen Ausdruck findet. Dabei hat man hier ebenfalls über die Unredlichkeit und über die Rechtshängigkeit hinaus in Entsprechung zum Schadensprivileg in §§ 994 Abs. 2 und 996 BGB auch die sonstigen Fälle mangelnder Schutzwürdigkeit des Besitzers zu berücksichtigen. Davon abgesehen ist die genannte Unterscheidung aber auch unmittelbar für die Nutzungshaftung selbst erheblich. Soweit nämlich bei entgeltlichem oder unentgeltlichem unwirksamem Leistungserwerb vom Nichteigentümer die Herausgabe der auch von einem redlichen und schutzwürdigen Besitzer zu erstattenden Nutzungen nachträglich unmöglich geworden ist, kommt wieder das Schadensprivileg dieses Besitzers zur Geltung. Schadensersatz wegen Unmöglichkeit hat dem Eigentümer nur der unredliche oder jedenfalls nicht schutzwürdige Besitzer zu leisten. Der redliche und schutzwürdige dagegen braucht nur die noch vorhandenen Nutzungen auszukehren, was das Gesetz mit einer Rechtsfolgenverweisung auf die Vorschriften der allgemeinen Bereicherungshaftung (§§ 993 Abs. 1 Halbs. 1, 988 BGB) klarstellt[768].

dd) Dies leitet wieder auf das Schadensprivileg zurück und führt mit ihm zu der Frage nach anderweitigen Schadensersatzansprüchen des Eigentümers gegen den nichtberechtigten Besitzer weiter. Der nichtberechtigte, der Vindikation des Eigentümers unterworfene Besitzer, der die Sache dem Eigentümer oder einem Dritten entzogen oder der sie

---

gesetzten nichtberechtigten Besitzer; ebenso ist der Nichteigentümer ein nur vermeintlich mittelbar zum Besitz berechtigter Zwischenmann. Wäre hier tatsächlich ein Besitzmittlungsverhältnis oder - wie es richtig lauten muß - ein Besitzrechtsmittlungsverhältnis und damit auch ein Opferanspruch des Zwischenmanns gegen den Besitzer gegeben, wäre eine Vindikation des Eigentümers gegen den Besitzer ausgeschlossen.

768) Zu dieser Verweisung wieder oben Note 608.

von einem solchen Nichteigentümer unwirksam übergeben erhalten hat, kann wegen derselben Sache von vornherein und ein für allemal weder dem Eigentümer noch dem Dritten im Rahmen der auf der allgemeinen oder auf einer besonderen Leistungskondiktion aufbauenden Opferhaftung schadensersatzpflichtig werden. Das ergibt sich unabhängig von der Redlichkeit und Schutzwürdigkeit des Besitzers daraus, daß Opfer- und Eingriffshaftung desselben Besitzers einander als ihrer Funktion nach gegensätzliche Formen des Drittschutzes des subjektiven Rechts ausschließen. Andererseits haftet der nichtberechtigte Besitzer dem Eigentümer jedoch, wie wir wissen, nicht nur im Rahmen der auf der Vindikation nach § 985 BGB aufbauenden, bereicherungsrechtlichen Haftungsregelung allein. Er ist vielmehr, wenigstens grundsätzlich, außerdem auch in die auf den beiden Ansprüchen nach §§ 823 Abs. 1 und 687 Abs. 2 Satz 1 BGB aufbauenden, deliktsrechtlichen Haftungsregelungen des Eingriffsschutzes des Eigentumsrechts einbezogen. Darüber hinaus ist auch an die außerhalb des Drittschutzes des subjektiven Eigentumsrechts stehende Deliktshaftung zu denken. Von dem im Rahmen der Vindikationshaftung auch einem nichtberechtigten Besitzer eingeräumten Schadensprivileg her betrachtet eröffnen sich damit drei verschiedene Fragenbereiche, die wir im Aufriß schon bei der Erörterung der auf die Leistungskondiktion gestützten allgemeinen Bereicherungshaftung kennengelernt haben: Einmal müssen, soll die Effektivität des Schadensprivilegs sichergestellt sein, die parallelen Schadensersatzansprüche des Drittschutzes ausgeschaltet werden. Und weiter, hat man in dieser Hinsicht die erforderlichen Vorkehrungen getroffen, darf nicht dadurch an anderer Stelle eine Haftungslücke aufgerissen werden. Endlich ist aber auch das Verhältnis von Eingriffshaftung aus dem subjektiven Recht und sonstiger Deliktshaftung noch genauer zu bestimmen.

Wenden wir uns zunächst der Sicherstellung des Schadensprivilegs zu. Von den sekundären Deliktsansprüchen im Bereich der Opferhaftung aus dem Eigentumsrecht kann das für den besonderen Fall der unwirksamen Übergabe der Sache vom Nichteigentümer an den Besitzer auch in die Vindikationsregelung hinein übernommene Schadensprivileg des Besitzers nicht ausgehöhlt werden. Das ergibt sich, wie gesagt, ohne

Rücksicht auf die Redlichkeit und Schutzwürdigkeit des Besitzers schon allein aus der Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz. Wohl aber ist dafür Sorge zu tragen, daß dieses Privileg dann, wenn es tatsächlich zum Zuge kommt, nicht durch Schadensersatzansprüche der in Begründungskonkurrenz[769] neben der Vindikationsregelung stehenden deliktsrechtlichen Haftungsregelungen des Eingriffsschutzes durchkreuzt wird: Nämlich durch gleichfalls sekundäre Schadensersatzansprüche des Eigentümers, die sich auch ihrerseits an das der Erlangung oder Sachherrschaft erst nachfolgende Verhalten des Besitzers knüpfen und einen ebenso wie die Vindikation bereits mit der Erlangung der Sachherrschaft eingriffsweise ausgelösten, primären Herausgabeanspruch des Eigentümers von hier deliktsrechtlicher Natur voraussetzen.

Wirklich praktisch erheblich wird dies allerdings nur für die gewöhnliche Deliktshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB. Hat beispielsweise der gutgläubige Käufer leichtfahrlässig verkannt, daß er im Verkäufer nicht den Eigentümer der Ware, sondern einen Dieb vor sich hatte, und hat er dann als neuer Besitzer die Ware mutwillig verderben lassen, könnte er eigentlich vom Eigentümer mit der sekundären Schadensersatzhaftung im Rahmen der auf dem Herausgabeanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB aufbauenden deliktsrechtlichen Haftungsregelung verantwortlich gemacht werden. Dem wird zur Abschirmung des in die Vindikationsregelung eingebetteten Schadensprivilegs des Besitzers ein Riegel vorgeschoben. Das geschieht in der Weise, daß nach § 993 Abs. 1 Halbs. 2 i.V.m. § 992 BGB in dem hier allein erheblichen Fall der Übergabe der Sache vom Nichteigentümer der neue Besitzer von dem Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB und der sich an diesen anschließenden Haftungsregelung des deliktsrechtlichen Eingriffsschutzes insgesamt stets ausgenommen bleibt. Daran ist nun freilich wieder bemerkenswert, daß hiermit der Besitzer bei einem solchen unwirksamen Leistungserwerb von der Deliktshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB sogar auch dann völlig verschont wird, wenn die Voraussetzungen für seine Privilegierung tatsächlich überhaupt nicht gegeben sind. Denn in der Konsequenz dieser Lösung erfaßt dieselbe Deliktshaftung etwa

769) Oben Note 603 und 638.

auch den von vornherein unredlichen Hehler nicht, der später die bei ihm abgesetzte Diebesbeute aus Angst vor Entdeckung vernichtet oder weiterverschiebt. Das erscheint paradox und bedarf einer Erklärung. Im übrigen müßte man an sich auch eine entsprechende Abschirmung des vindikatorischen Schadensprivilegs des Besitzers gegen die eigengeartete Deliktshaftung nach § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB in Betracht ziehen. Rein tatsächlich wird aber nach seinen spezifischen Voraussetzungen dieser Anspruch und damit auch die auf ihm aufbauende deliktsrechtliche Haftungsregelung in ihrer Gesamtheit immer auf die Fälle des Erwerbs der Sachherrschaft durch einen offenen Eingriff gegenüber dem Eigentümer oder einem Dritten beschränkt bleiben. Insoweit sind daher für den hier allein maßgeblichen Fall des Erwerbs der Sachherrschaft durch einen von einer unwirksamen Leistung des Nichteigentümers verdeckten Eingriff keine besonderen Vorschriften erforderlich.

Die Erklärung der jedenfalls in ihren Folgerungen paradox anmutenden Lösung, die das Gesetz zur Absicherung des vindikatorischen Schadensprivilegs gewählt hat, liefert wieder der Vergleich mit der allgemeinen Bereicherungshaftung. Um auch dem redlichen und schutzwürdigen nichtberechtigten Besitzer das Schadensprivileg einzurichten, wird die in der Vindikationsregelung gelegene bereicherungsrechtliche Eingriffshaftung dieses Besitzers, wie wir gesehen haben, für den besonderen Fall des unwirksamen Leistungserwerbs vom Nichteigentümer der bereicherungsrechtlichen Opferhaftung des berechtigten Besitzers angeglichen. Wer die Sache wie der an den Dieb geratene Käufer vom Nichteigentümer unwirksam übergeben erhalten hat und mit der Vindikation herausgabepflichtig ist, wird demjenigen gleichgestellt, der sie vom Eigentümer unwirksam übergeben erhalten hat und mit der Leistungskondiktion herausgabepflichtig ist. Beidemal nämlich wird die sekundäre Deliktshaftung im Rahmen der auf dem bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch aufbauenden Haftungsregelung eingeschränkt.

Um nun zu verhindern, daß die neben der Vindikationsregelung stehenden deliktsrechtlichen Haftungsregelungen das einmal geschaffene Schadensprivileg überlagern und dadurch wieder hinfällig werden

lassen, geht das Gesetz den bereits eingeschlagenen Weg konsequent weiter. Wiederum für den besonderen Fall des unwirksamen Leistungserwerbs vom Nichteigentümer wird auch im Hinblick auf die deliktsrechtliche Eingriffshaftung die Stellung des nichtberechtigten Besitzers derjenigen des berechtigten Besitzers vollkommen angeglichen. Denn wie bei wirksamer Übergabe der Sache vom Eigentümer der mit der Leistungskondiktion herausgabepflichtige berechtigte Besitzer, so ist auch bei unwirksamer Übergabe der Sache vom Nichteigentümer der mit der Vindikation herausgabepflichtige nichtberechtigte Besitzer unabhängig von seiner Redlichkeit und Schutzwürdigkeit bereits von den primären Deliktsansprüchen nach §§ 823 Abs. 1 und 687 Abs. 2 Satz 1 BGB und damit auch von den auf ihnen aufbauenden deliktsrechtlichen Haftungsregelungen des Eingriffsschutzes insgesamt von vornherein und ein für allemal ausgenommen. Damit scheiden auch die zu den sekundären Deliktsansprüchen nach §§ 989 ff. BGB in Parallele stehenden sekundären Deliktsansprüche dieser deliktsrechtlichen Haftungsregelungen aus. Deshalb kann in unserem Beispiel der Käufer für den Verderb der Ware nicht verantwortlich gemacht werden. Eigens ausgesprochen ist das im Gesetz, wie schon erwähnt, allerdings nur für die gewöhnliche Deliktshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB. Wenigstens im Prinzip gilt dasselbe jedoch auch für die eigengeartete Deliktshaftung nach § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB. Wenn es für diese Haftung wegen Geschäftsanmaßung nicht ebenfalls ausdrücklich gesagt werden mußte, so hat das rein praktische Gründe, die wir bereits dargelegt haben.

Mag nun die hier getroffene Vorkehrung in der Sache auch über den Zweck, das Schadensprivileg abzuschirmen, sogar hinausschießen und zur Folge haben, daß etwa auch der Hehler vom Eigentümer nicht mit der deliktsrechtlichen Eingriffshaftung aus dem Eigentumsrecht belangt werden kann, so ist sie doch dem Systemgedanken nach durchaus folgerichtig. Zur Sicherstellung des Schadensprivilegs hätte man sich natürlich damit begnügen können, für den hier erörterten besonderen Fall die parallelen deliktsrechtlichen Haftungsregelungen ebenso wie die Vindikationsregelung einzuschränken, anstatt sie gleich vollständig auszuschließen. Demgegenüber erhielt auch bezüglich der deliktsrechtlichen Eingriffshaftung das Prinzip den Vorrang, den Be-

sitzer bei wirksamem und unwirksamem Leistungserwerb durchgängig gleichzustellen.

Das Gesetz formuliert in § 992 BGB positiv, daß der Besitzer dem Eigentümer "nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen" haftet, wenn er sich "den Besitz durch verbotene Eigenmacht verschafft" hat. Die eigentliche Aussage dieser Bestimmung betrifft aber allein den Fall, der von ihr im Zusammenwirken mit der Haftungssperre des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB ausgespart und dadurch von der Haftung "wegen unerlaubter Handlungen" ausgenommen wird. Dieser Fall muß im Gegensatz zur verbotenen Eigenmacht auf einer Besitzüberlassung oder richtiger auf einer Übergabe der Sache beruhen. Mit der Übergabe der Sache vom Eigentümer wird der Besitzer immer berechtigter Besitzer. Andererseits kommt die Ausschlußfunktion des § 992 BGB eben erst in Verbindung mit § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB zum Tragen, so daß auch § 992 BGB nicht anders als § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB und §§ 985, 987 ff. BGB insgesamt eine nur für den nichtberechtigten Besitzer erhebliche Aussage beinhaltet[770]. Dann aber kann es sich hier allein um die unwirksame Übergabe der Sache vom Nichteigentümer an den Besitzer handeln. Bei der Haftung "wegen unerlaubter Handlungen" wiederum, die in einem solchen Fall ausgeschlossen bleibt, muß es insoweit um die Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB gehen, die damit nur noch bei einem dem Eigentümer oder einem Dritten gegenüber verübten offenen Eingriff in das subjektive Eigentumsrecht ausgelöst wird[771]. Das geht ungeachtet der an den Besitz und nicht an das Recht zum Besitz angelehn-

770) So schon oben bei Note 678; vgl. die dort angegebenen Nachweise. Anders noch Dietz, Anspruchskonkurrenz 195 ff., insbes. 195 und 200, der die §§ 992 und 993 BGB auch auf den berechtigten Besitzer anwenden will, andererseits aber aaO 207 ff. den § 992 BGB auf den Eigenbesitzer beschränkt. Gegen beides ebenfalls schon oben Note 678.

771) Hiernach ist es zu eng, wenn zuweilen gefordert wird, der Besitzer müsse die verbotene Eigenmacht gegenüber dem Eigentümer begangen haben. So aber wenigstens im Grundsatz auch wieder Soergel-Siebert Mühl, 3 zu § 992, während nach Staudinger-Berg, 1 zu § 992 mit der hier vertretenen Ansicht verbotene Eigenmacht gegenüber jedem Besitzer genügt. Eine Verletzung der das subjektive Recht des Eigentümers konstituierenden Zuweisung der Sachherrschaft durch einen offenen Eingriff, um die es tatsächlich geht, liegt auch vor, wenn die Sache bei einem Dritten entwendet wird, der sie seinerseits schon gestohlen hat. Aus dem gleichen Grunde bleibt es noch unzulänglich, wenn nach Soergel-Siebert-Mühl aaO für die zutreffend als maßgeblich erkannte Verletzung des Eigentumsrechts dann auch verbotene Eigenmacht gegenüber einem Dritten ausreichen soll, wenn dieser "Besitzmittler" des Eigentümers sei.

ten Terminologie des Gesetzes aus der Bezugnahme auf die "verbotene Eigenmacht" deutlich hervor. Und käme es bei derselben Übergabe vom Nichteigentümer tatsächlich auch zu einer Geschäftsanmaßung des Besitzers, hätte man unter der Haftung "wegen unerlaubter Handlungen" im Sinne des § 992 BGB auch die Haftung nach § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB mit zu verstehen, so daß dann auch diese Eingriffshaftung ausgeschlossen wäre.

Daß sich die Bedeutung des § 992 BGB in einer solchen rein negativen, die Deliktshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB für einen bestimmten Fall ausschließenden Aussage erschöpft, ist trotz der hier immer wieder aufgetretenen Auslegungsschwierigkeiten[772] an sich auch im einzelnen leicht nachzuvollziehen. Für die in der Vorschrift selbst angeführten Fälle der Entstehung der Vindikationslage durch einen offenen Eingriff gegenüber dem Eigentümer oder einem Dritten wird nur ausgesprochen, daß neben der Vindikationsregelung zugleich die auf dem Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB aufbauende deliktsrechtliche Haftungsregelung Anwendung findet, sofern auch deren eigene, in den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen genannten Voraussetzungen gegeben sind. Das aber ist nur selbstverständlich und hat dementsprechend für die weitere, auf dem Anspruch nach § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB aufbauende deliktsrechtliche Haftungsregelung auch gar keinen besonderen Ausdruck gefunden. Daß, wer beim Eigentümer oder beim Lagerhalter gestohlen hat, nicht nur vindikatorisch, sondern auch deliktisch haftet, würde ebenso auch dann gelten, wenn es nicht in § 992 BGB eigens gesagt wäre. Die umstrittene Bedeutung von § 992 BGB liegt also nicht darin, daß hier die Voraussetzungen für einen selbständigen deliktsrechtlichen Anspruch umrissen würden. Es wird vielmehr bereits auf die Voraussetzungen der von der Vindikationshaftung unberührten Haftung "wegen unerlaubter Handlungen" verwiesen[773]. Aus dem gleichen Grunde ist es zwar sachlich richtig, aber

772) Hierüber eingehend zuletzt Krause 45 ff., insbes. 60 ff., sowie 101 ff.

773) Von einer Verweisung des § 992 BGB nur auf die Folgen der Haftung nach §§ 823 ff. BGB und damit von einem eigengearteten, nach Deliktsgrundsätzen zu beurteilenden "Eigentumsanspruch" gehen aus: RGZ 117, 423 (425); Siber JhJ 89, 43; Soergel-Siebert-Mühl, 7 zu § 992.

Wie im Text für eine Verweisung schon auf die Voraussetzungen der Haftung "wegen unerlaubter Handlungen", so daß man es auch in

an sich überflüssig, wenn man glaubt, in den Wortlaut dieser Vorschrift vor die "verbotene Eigenmacht" noch ein "schuldhaft" einfügen zu sollen[774]. Immerhin aber dient das der Verdeutlichung, weil das Gesetz den von uns so bezeichneten "offenen" Eingriff in der Terminologie des Besitzes und nicht, wie eigentlich geboten, in derjenigen des Eigentums zum Ausdruck bringt.

Die nur in ihrer negativen Bedeutung erhebliche Aussage des § 992 BGB, daß nämlich beim unwirksamen Leistungserwerb vom Nichteigentümer die auf dem Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB aufbauende Haftungsregelung neben der Vindikationsregelung keine Anwendung findet, ist besonders hervorzuheben[775]. Denn nirgends zeigt das Gesetz so klar wie gerade hier, daß eine Privilegierung des nichtberechtigten

§ 992 mit keinem anderen Anspruch als einem bereits in §§ 823 ff. genannten "Deliktsanspruch" zu tun hat: KG JR 1955, 259 (260); Dietz, Anspruchskonkurrenz 197; Dimopoulos-Vosikis, Elemente 187/8 Ebenso mehr oder weniger deutlich auch: Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 III 4 und FN. 18; Westermann, Sachenrecht § 32 IV 2 d; Baur, Sachenrecht § 11 C I 3 c.

Unabhängig von dieser Streitfrage soll nach der ganz herrschenden Auffassung - anders nur RG aaO - die in § 992 bezeichnete Haftung nicht nach § 195 BGB, sondern nach der Dreijahresfrist des § 852 BGB verjähren. Wirklich zwingend ist das freilich nur auf dem Boden der hier vertretenen Ansicht. Ob auch eine bloße Rechtsfolgenverweisung die Verjährung einschließt, kann immerhin zweifelhaft sein.

Die praktische Bedeutung der mit der Vindikationsregelung konkurrierenden deliktsrechtlichen Haftungsregelung liegt darin, daß im Rahmen der letzteren die Haftung für die Unmöglichkeit der Herausgabe auch ohne die Voraussetzungen des Verzuges verschärft wird § 848 BGB. Vgl. oben Note 745 (a.E.).

774) Wolff-Raiser, aaO § 85 III 4; Westermann aaO § 32 IV 2 a; Baur, aaO § 11 A II 2; h.M.

Anders jedoch Dietz aaO 197 FN. 33, der schuldlose Eigenmacht genügen lassen will, sofern nur die spätere Zerstörung oder Beschädigung der Sache schuldhaft sei. Aber damit verkennt er, daß die bei "verboten eigenmächtiger" Erlangung der Sachherrschaft nicht ausgeschlossene Deliktshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB gerade immer nur mit einer schon in dieser Erlangung liegenden Verletzung des Eigentumsrechts ausgelöst werden kann. Die auf den damit entstandenen Primäranspruch folgende Sekundärhaftung wegen Unmöglichkeit der Herausgabe ist stets schon die "Zufallshaftung" nach § 848 BGB.

775) Dazu etwa Dietz aaO 197.

Ebenso jetzt auch wieder Krause 49 ff., 50 ff., wenn er § 992 BGB als eine "Abgrenzungsnorm" bezeichnet. Freilich wird das erst klar, wenn man die in § 992 bezeichnete Haftung als schon ihrer Grundlage nach diejenige der §§ 823 ff. BGB analysiert. Unrichtig

Besitzers immer nur bei einem durch eine unwirksame Leistung des Nichteigentümers verdeckten Eingriff in das Recht des Eigentümers möglich ist. Überdies läßt auch erst die Beschränkung des Aussagegehalts von § 992 BGB auf einen solchen Haftungsausschluß erkennen, warum es in den Bestimmungen der allgemeinen Bereicherungshaftung nach §§ 812 ff. BGB an einer Parallelvorschrift fehlt. Denn einem dem Eigentümer mit der Leistungskondiktion herausgabepflichtigen berechtigten Besitzer gegenüber ist die Deliktshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB ohnehin ausgeschlossen. Oder anders ausgedrückt, die Bedeutung von § 992 BGB wird nur dann voll erfaßt, wenn man den Ausschluß der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB gegenüber der Haftung mit der allgemeinen oder auch einer besonderen Leistungskondiktion schon voraussetzt. Dann nämlich wird auch in § 992 BGB die durchgängige Linie einer Gleichstellung des unwirksamen mit dem wirksamen Leistungserwerb sichtbar. Erst recht gilt dies, wenn man berücksichtigt, daß sich der in § 992 BGB vorgesehene Haftungsausschluß wenigstens im Prinzip auch auf die Haftung nach § 687 Abs. 2 Satz 1 BGB erstreckt, welche von der Haftung mit der Leistungskondiktion gleichfalls verdrängt wird. So gesehen erlaubt die in ihrem eigenartigen Zuschnitt oft genug als rätselhaft empfundene Vorschrift des § 992 BGB einen Rückschluß auf die Alternativität von bereicherungsrechtlicher Opfersicherung und deliktsrechtlichem Eingriffsschutz. Das ist um so wichtiger, als das Gesetz diese Alternativität, anders als in § 986 BGB für das Verhältnis von bereicherungsrechtlicher Opfersicherung und bereicherungsrechtlichem Eingriffsschutz, nicht auch unmittelbar hervortreten läßt.

---

ist es, wenn Krause insofern nur auf die deliktsrechtliche Sekundärhaftung im Rahmen der auf § 823 Abs. 1 BGB aufbauenden deliktsrechtlichen Haftungsregelung und nicht auf diese Haftungsregelung in ihrer Gesamtheit abstellt. Zu Krauses Ziel, den Charakter der §§ 989 ff. BGB als "Leistungsstörungsrecht der Vindikation" (dazu insbesondere 23 ff.) oder, wie wir es genannt haben, als deliktsrechtliche Sekundärhaftung im Anschluß an die bereicherungsrechtliche Primärhaftung mit der Vindikation herauszuarbeiten, gelangt man auch ohne viel Mühe schon mit dem Gesetzeswortlaut allein. Jedenfalls aber läßt es sich nicht rechtfertigen, auch die Konkurrenzfragen nur noch in der Verengung dieser Aufgabenstellung zu betrachten. Die in Verbindung mit § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB erzielte Ausschlußwirkung des § 992 BGB erfaßt die auf dem Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB aufbauende Haftungsregelung in ihrer Gesamtheit. Dies folgt aus dem Grundgedanken der Vorschrift, einen nichtberechtigten Besitzer bei unwirksamer Übergabe der Sache vom Nichteigentümer deliktsrechtlich dem bei wirksamer Übergabe der Sache vom Eigentümer berechtigten Besitzer vollauf gleichzustellen.

Damit können wir auf den zweiten Fragenbereich überwechseln. Entgegen der hier dargelegten Auffassung nimmt die herrschende Ansicht eine Vindikationslage auch dort an, wo der Eigentümer seine Sache dem Besitzer selbst übergeben hat, um ein in Wahrheit ungültiges Schuldverhältnis in Vollzug zu setzen. Wendet man dementsprechend auf einen solchen Fall die Vindikationsvorschriften der §§ 985, 987 BGB einschließlich der zur Abschirmung des Schadensprivilegs bestimmten Vorschrift des § 992 BGB an, ergibt sich in der Schadensersatzhaftung des hinsichtlich seiner sofortigen Herausgabepflicht redlichen, aber "exzedierenden" Fremdbesitzers eine Haftungslücke. Dieser bei dem gewählten Ausgangspunkt unvermeidlichen Unstimmigkeit hat man auf die verschiedenste Weise beizukommen versucht[776]. Die im folgenden zu erörternden einzelnen Lösungsversuche lassen indes die falsche Überdehnung der Vindikationshaftung wieder rasch offenbar werden.

Gehen wir noch einmal von dem Fall aus, an dem der Bundesgerichtshof in dieser Frage an die reichsgerichtliche Praxis[777] wieder angeknüpft hat[778]. Der Eigentümer hatte dem Besitzer auf Grund eines nichtigen Verwahrungsvertrages[779] Geld anvertraut, und dieser hatte es pflichtwidrig verbraucht. Nimmt man hier mit dem Bundesgerichtshof und der herrschenden Meinung eine Vindikationslage an[780], kann der nicht rechtzeitig verklagte Besitzer vom Eigentümer, folgt man dem Wortlaut der Vindikationsvorschriften, nicht auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden: Unredlich bezüglich seiner sofor-

776) Für die eingehendste neuere Darstellung und Kritik der Lehre vom Fremdbesitzerexzeß war schon oben Note 651 auf Krause 106 ff. zu verweisen.

777) Dazu wieder: RGZ 101,307 ff.; 106,149 ff.; 157,132 ff.

778) BGH JZ 1951,716 ff. m.Anm. Raiser und dazu insbesondere schon oben Note 668 und vor allem bei Note 683/4. In BGHZ 31,129 ff. hat der Bundesgerichtshof aus Gründen der Verjährung einen von der Judikatur des Reichsgerichts abweichenden, anderen Weg eingeschlagen; darüber und dagegen oben zu Note 653 bis 664.

779) Der Bundesgerichtshof hat die Frage der Gültigkeit des Vertrages in BGH JZ 1951, 716 ff. freilich nicht klar beantwortet. Sie war hier jedoch eindeutig zu verneinen; oben Note 666. Ebenso Raiser aaO 718.

780) Die Ausführungen des Bundesgerichtshofs sind zwar bezüglich der Besitzberechtigung des Besitzers ebenfalls unklar; aaO 717 und auch dazu schon oben Note 666. Jedenfalls aber findet eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Vindikationsvorschriften statt.

tigen Herausgabepflicht (§ 990 Abs. 1 BGB) war er nicht. An eine Verantwortlichkeit des Besitzers gegenüber einem Dritten, die wiederum dem Eigentümer hätte zugute kommen können (§ 991 Abs. 2 BGB), war nicht zu denken. Ein Rückgriff auf die Haftung nach den Vorschriften "wegen unerlaubter Handlungen" (§ 992 BGB) war nicht möglich, weil der Besitzer die Sachherrschaft nicht "durch verbotene Eigenmacht" und auch nicht, wie außerdem noch zu erwägen war, "durch eine strafbare Handlung" erlangt hatte. Nimmt man nun vollends noch die auf die Haftungssperre des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB gegründete These der Judikatur und der ihr folgenden herrschenden Lehre hinzu, daß die Nebenansprüche der Vindikation nach §§ 987 ff. BGB bezüglich des Schadensersatzes vor den Deliktsvorschriften der §§ 823 ff. BGB ausschließlichen Vorrang haben[781], kommt man zu dem unerträglichen Ergebnis, daß der Besitzer in einem solchen Fall überhaupt haftungsfrei bleibt. Um dem zu entgehen, suchte auch der Bundesgerichtshof[782] bei der schon vom Reichsgericht zu dieser Sachgestaltung formulierten Doktrin Zuflucht, auf die wir bereits einzugehen hatten: Ungeachtet der Haftungssperre des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB hat der Fremdbesitzer dann mit der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Eigentumsrechts Schadensersatz zu leisten, wenn er den Rahmen seiner in dem vermeintlich gültig zugrunde liegenden Schuldverhältnis festgelegten Befugnisse im Umgang mit der Sachherrschaft überschreitet[783]. Gerechtfertigt wird diese für den Exzeß des Fremdbesitzers zugelassene, weithin auch im Schrifttum[784] anerkannte Ausnahme von der Ausschließlichkeitsthese mit dem Argument, wenn der Besitzer hier

781) Zu diesem Grundsatz: RGZ 163, 348 (352) m.w.Nachw. zur älteren Rechtsprechung und Lehre; BGH JZ 1951, 716 (717); BGHZ 14, 7 (8); BGH LM Nr. 8 zu § 985 BGB; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 III 6 a; Westermann, Sachenrecht § 31 III 2 a; Baur, Sachenrecht § 11 B I 3; Heck, Sachenrecht § 68, 5; Fikentscher, Schuldrecht § 103 I 4; Soergel-Siebert-Mühl, 15 ff. vor § 987.
Vgl. für die entsprechende Frage bei der Nutzungshaftung oben zu Note 754.

782) BGH JZ 1951, 717.

783) RGZ 101, 307 (309 ff.); 106, 149 (152/3); 157, 132 (135); oben Note 677.

784) Westermann, Sachenrecht § 31 III 2 b; Baur, Sachenrecht § 11 B I 3, II 1.

schon bei gültigem Vertrage der Deliktshaftung nicht entgehe, könne ihm dieselbe Haftung erst recht auch bei ungültigem Vertrag nicht erspart bleiben[785].

Wenn man sich auf diese Weise in aller Offenheit über den Wortlaut der Vindikationsvorschriften hinwegsetzt und die Haftungssperre des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB durchbricht, will die These von der Ausschließlichkeit der Ansprüche nach §§ 987 ff. BGB gegenüber den Ansprüchen nach §§ 823 ff. BGB auch schon im Grundsatz und selbst davon abgesehen unglaubwürdig erscheinen, daß § 992 BGB seinerseits auf die Voraussetzungen der Haftung wegen unerlaubter Handlungen verweist. Andere folgern daraus, die Haftung nach §§ 987 ff. BGB und die Haftung nach §§ 823 ff. BGB stünden schon von vornherein in voller Konkurrenz, womit die einhellig als verfehlt empfundene Haftungslücke gleichfalls geschlossen wird[786]. Zu demselben Ergebnis kommt man auch mit der Auffassung, eine Vindikationslage entstehe nur bei unwirksamer Übergabe der Sache vom Nichteigentümer an den Besitzer[787], während hier mit der neben der allgemeinen Bereicherungshaftung nach §§ 812 ff. BGB stehenden Deliktshaftung nach §§ 823 ff. BGB zu helfen sei[788]. Auf diese zu einer Ausschaltung der Vindikationshaftung durch die Deliktshaftung führende Lösung folgen schließlich noch Versuche, das gewünschte Ergebnis doch wieder aus den Vin-

---

785) So schon RGZ 101, 311 und jetzt etwa wieder Baur aaO I 3.

786) Für eine solche uneingeschränkte Haftungskonkurrenz: Eichler, Institutionen II 1, 206/7; Staudinger-Berg, 2 zu § 992, 2 zu § 993.

Zu einer wenigstens bei Fremdbesitz uneingeschränkten Konkurrenz von Vindikations- und Deliktshaftung gelangt man, wenn man den Anwendungsbereich des § 992 BGB und dementsprechend auch die Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB auf den Eigenbesitz beschränkt. So namentlich Dietz, Anspruchskonkurrenz 207 ff. (oben Note 678 und 770); ferner auch RGRK-Johannsen, 14 zu § 992.

Nach wiederum anderer Auffassung stehen Vindikations- und Deliktshaftung insoweit in voller Konkurrenz, als der Besitzer unredlich oder jedenfalls nicht schutzwürdig ist; die von § 993 Abs. 1 Halbs. 2 in Verbindung mit § 992 erzielte Sperrwirkung soll nur dem redlichen und schutzwürdigen Besitzer zugute kommen: Esser, Schuldrecht § 201, 3 i; Brox JZ 1965, 519; Krause 104/5; Helm, Schäden an Frachtgütern 215/6.

Vgl. für die entsprechende Frage bei der Nutzungshaftung oben zu Note 759.

787) Wie dies Siber vertreten hat; darüber wieder oben zu Note 735 und zuletzt Note 760.

788) Siber JhJ 89, 44 ff., 52/3; dazu auch schon oben Note 736.

Vgl. für die entsprechende Frage bei der Nutzungshaftung oben zu Note 761.

dikationsvorschriften selbst zu entwickeln. Das will man einmal mit der in Anlehnung an die Figur des "nicht-so-berechtigten" Besitzers[789] aufgestellten Behauptung erreichen, der an sich redliche nichtberechtigte Fremdbesitzer werde insoweit unredlich, als er exzediert, und sei daher in direkter oder doch analoger Anwendung von § 990 Abs. 1 i.V.m. § 989 BGB für den Schaden verantwortlich zu machen[790]. Andere wieder heben auf die Vorschrift des § 991 Abs. 2 BGB ab, deren Ausrichtung auf den Exzeß des redlichen Fremdbesitzers, dem der Nichteigentümer die Sache übergeben hat, durchaus gesehen wird[791], und wenden sie analog auch auf den Besitzer an, der die Sache vom Eigentümer übergeben erhalten hat[792].

An dem Versuch, hier mit den Vindikationsvorschriften selbst zurecht zu kommen, ist jedenfalls eines richtig: Die formale Bestimmung des Verhältnisses der Haftung nach §§ 987 ff. BGB zur Haftung nach §§ 823 ff. BGB mit dem Vorrang der einen vor der anderen oder umgekehrt oder auch mit der uneingeschränkten Konkurrenz beider gibt keine verläßliche Orientierung ab. Es kommt vielmehr alles auf eine nach funktionalen Gesichtspunkten vorgenommene Differenzierung der jeweiligen Haftung an, in die auch schon die Vindikation nach § 985 BGB selbst mit einzubeziehen ist. In diesem Sinne hat man zunächst einmal nur das mögliche Nebeneinander von Vindikationsregelung und auf dem Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB aufbauender deliktsrechtlicher Haftungsregelung ins Auge zu fassen, die beide einen Eingriffsschutz des subjektiven Eigentumsrechts bilden. Im übrigen ist von den einzelnen Sachverhalten auszugehen, die das Eigentümer-Besitzer-Verhält-

789) Oben zu Note 649/50 und 653/4.

790) Für die direkte Anwendung Heck, Sachenrecht § 69, 2. Für die Analogie: M. Wolff, Sachenrecht § 85 II 5 c; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 III 5 b; eingehend jetzt auch wieder Krause 114/5 (Analogie zu § 990 Abs. 1 Satz 2 BGB).

791) Wolff-Raiser aaO. Baur, Sachenrecht § 11 C II 1 spricht davon, daß § 991 Abs. 2 BGB eine "Bestätigung" der Lehre vom Fremdbesitzerexzeß sei. Westermann, Sachenrecht § 32 V 3 meint, in den Fällen des § 991 Abs. 2 werde "in der Regel zugleich Exzeß des Fremdbesitzers vorliegen."

792) Baur aaO B I 3, II 1 (neben § 823 Abs. 1 BGB); wohl auch Fikentscher, Schuldrecht § 103 I 4 b.

Ohne weitere Differenzierung will Helm, Schäden an Frachtgütern 216 ff. die §§ 989 ff. BGB neben dem Deliktsrecht anwenden.

nis jeweils entstehen lassen. Dabei ist nicht nur der von der Rechtsprechung ursprünglich auch in diesem Bereich noch vernachlässigten Unterscheidung von berechtigtem und nichtberechtigtem Besitz[793] zu genügen. Vielmehr ist vor allem auch diese Unterscheidung selbst richtig vorzunehmen. Dann aber löst sich auch die im Gefolge der Vindikationsvorschriften aufgetretene Unstimmigkeit, die uns hier beschäftigt, von allein.

Gewiß sind sich Rechtsprechung und Schrifttum in dem jetzt zur Erörterung stehenden Fall von jeher gerade darin einig, daß sie es mit dem Eigentümer gegenüber nichtberechtigtem Besitz zu tun haben, der dementsprechend eine Auseinandersetzung mit den Vindikationsvorschriften unumgänglich macht[794]. Aber eben dies trifft in Wirklichkeit nicht zu. Hat man erkannt, daß eine Vindikationslage zwar über den Fall des scheinbaren Leistungserwerbs vom Nichteigentümer hinaus auch beim offenkundigen Eingriffserwerb vom Eigentümer oder von einem Dritten[795], nicht jedoch auch bei einer Übergabe der Sache an den neuen Besitzer durch den Eigentümer selbst entsteht, ist man der Notwendigkeit einer solchen Auseinandersetzung völlig enthoben: Mit der Übergabe der Sache hat der Eigentümer eine zwar nur schlichte, aber doch wirksame Verfügung über sein Recht vorgenommen, kraft deren der Besitzer ungeachtet der Ungültigkeit des Schuldvertrages ein persönliches Recht zum Besitz erlangt hat. Demgemäß ist in einem solchen Fall schon die Vindikation nicht gegeben, so daß hier die Vindikationsvorschriften der §§ 985, 987 ff. BGB einschließlich der zu der unerwünschten Haftungslücke führenden Bestimmung des § 992 BGB überhaupt keinen Aufschluß geben können. Insbesondere ist also

793) Ohne oder doch ohne hinlänglich klare Unterscheidung in diesem Punkt außer BGH JZ 1951, 716 ff. (oben Note 780) auch noch RGZ 101, 307 ff.; 106, 149 ff.; 157, 132 ff. Eindeutig hingegen für einen entsprechenden Fall nunmehr BGHZ 31, 129 (132). Oben zu Note 652/3.

794) Während man sich im Schrifttum dort, wo nach herrschender Auffassung berechtigter Fremdbesitz gegeben ist, in Widerspruch zu der zwischen berechtigtem und nichtberechtigtem Besitz noch nicht unterscheidenden Rechtsprechung begeben hat, weil eine Auseinandersetzung mit den Vindikationsvorschriften beim Exzeß des Besitzers nur bei nichtberechtigtem Besitz erforderlich werden könne. Oben zu Note 678.

795) Dies wieder gegen Siber oben zu Note 787. Ebenso schon oben zu Note 736/7 und zuletzt Note 763.

auch keine deliktsrechtliche Sekundärhaftung im Rahmen der mit der Vindikation eingeleiteten Haftungsregelung des Eingriffsschutzes möglich, wie sie sich unmittelbar aus §§ 989 ff. BGB ergeben würde. Für die Haftung ist hier vielmehr, wie wir schon wissen, die auf der allgemeinen Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB aufbauende Haftungsregelung der Opfersicherung zuständig. Der Besitzer hat für sein der Erlangung der Sachherrschaft nachfolgendes Verhalten analog § 820 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989 BGB einzustehen[796].

Wie gleichfalls schon dargelegt[797], kommt wegen derselben Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz neben dieser sekundären Deliktshaftung im Rahmen der Opfersicherung auch keine entsprechende Sekundärhaftung im Rahmen der deliktsrechtlichen Haftungsregelung in Frage, die sich an den Anspruch nach § 823 Abs. 1 BGB anschließt[798]. Diese deliktsrechtliche Haftungsregelung wäre, so haben wir gesehen, nicht minder auch dann ausgeschlossen, wenn man von der Gültigkeit des zugrunde gelegten Schuldverhältnisses und damit insoweit auch nach der herrschenden Ansicht von berechtigtem Besitz ausgehen hätte. Eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB findet auch dort nicht statt, wo der Verwahrer das ihm auf Grund eines gültigen Verwahrungsvertrages vom Eigentümer anvertraute Geld veruntreut oder wo der Mieter in den auf Grund eines gültigen Mietverhältnisses vom Eigentümer übernommenen Geschäftsräumen die Schaufenster demontiert und verkauft oder anderweitig verbaut[799]. Dann ist vielmehr allein die Haftung "aus Vertrag" oder richtiger die sekundäre Deliktshaftung im Rahmen der auf einer besonderen Leistungskondiktion aufbauenden, im Eigentumsrecht gründenden Haftungsregelung der Opfersicherung einschlägig (§§ 695 bzw. 556 i.V.m. § 280 BGB).

In unserem Fall des Exzesses eines in Wirklichkeit berechtigten Fremdbesitzers ist sonach der gegen die Vindikationsvorschriften vor-

796) Darüber vor allem schon oben zu Note 665 bis 669.
797) Zum folgenden oben bei Note 672 bis 685, insbesondere Note 683/4.
798) Dies vor allem auch wieder gegen Siber oben zu Note 788. Dazu auch schon eingehender oben Note 736. Vgl. auch zu Note 763.
799) Zu diesem letzteren Fall wieder RGZ 106, 149 ff.

genommene Rückgriff auf die Deliktshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB auch unabhängig von der funktionswidrigen Überdehnung der Vindikationshaftung bereits deshalb nicht angängig, weil die Prämisse für den zu diesem Zweck bemühten Erst-recht-Schluß nicht stimmt. Auch die Haftung "aus Vertrag" läßt die Haftung "aus Delikt" neben sich nicht zu. Es reicht hin, daß der unabhängig von der Gültigkeit des Schuldverhältnisses redliche berechtigte Besitzer trotz seiner Redlichkeit wegen seines "Exzesses" nicht schutzwürdig ist und darum auch nicht in den Genuß des Haftungs-/Schadensprivilegs der Opferhaftung gelangt.

Erschöpft ist der hier behandelte Fragenkreis allerdings erst, wenn man auch den Exzeß des tatsächlich nichtberechtigten Fremdbesitzers in die Betrachtung einbezogen hat[800]. Unter den verschiedenen, zu einer Vindikationslage im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis führenden Eingriffsfällen kann sich die Frage nach der Schadensersatzhaftung des noch unverklagten und redlichen, aber exzedierenden nichtberechtigten Fremdbesitzers immer nur für einen Besitzer stellen, der die Sache vom Nichteigentümer unwirksam übergeben erhalten hat. Es ist also etwa daran zu denken, daß das dem Verwahrer anvertraute Gut dem Hinterleger nicht gehört hat[801], daß der Mieter das Grundstück ohne Zustimmung des Eigentümers untervermietet hat[802] oder daß die Verpfändung an den neuen Besitzer gescheitert ist, weil das verpfändete Gut gestohlen war[803]. Damit aber werden alle überhaupt vorstellbaren Sachverhalte eines Exzesses des redlichen und unverklagten, nichtberechtigten Fremdbesitzers durch die sekundäre Deliktshaftung dieses Besitzers im Rahmen des bereicherungsrechtlichen

800) Die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle hatten es, wie sich bereits ergeben hat, sämtlich mit dem Exzeß eines in Wahrheit berechtigten Fremdbesitzers zu tun. So außer zu BGH JZ 1951, 716 ff. vor allem schon oben bei Note 665 (zu RGZ 101, 307 ff.), Note 661 und voriger Note (zu RGZ 106, 149 ff.), Note 696/7 (zu RGZ 157, 132 ff.) und Note 658 (zu BGHZ 31, 129 ff.).

801) Vgl. RGZ 101, 307 ff. und BGHZ JZ 1951, 716 ff., wo der Hinterleger demgegenüber Eigentümer war.

802) Vgl. RGZ 106, 149 ff., wo der Besitzer statt dessen sein Besitzrecht unmittelbar vom Eigentümer ableitete.

803) Vgl. RGZ 157, 132 ff., wo demgegenüber das dem Besitzer von einem Zwischenmann bestellte Pfandrecht wirksam war.

Eingriffsschutzes mit der Vindikationsregelung in unmittelbar Anwendung von § 991 Abs. 2 BGB erfaßt[804]. Eine entsprechende oder gar eine unmittelbare Anwendung von § 990 Abs. 1 BGB dagegen scheidet aus. Schon einen "nicht-so-berechtigten" Besitzer kann es nicht geben. Entweder ist der Besitzer zum Besitz berechtigt, oder er ist es nicht[805]. Erst recht ist eine "Insoweit-Schlechtgläubigkeit" des Besitzers ein Unbegriff. Entweder ist der berechtigte oder nichtberechtigte Besitzer redlich, nämlich hinsichtlich seiner sofortigen Herausgabepflicht mit einem bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruch von Anbeginn gutgläubig und ohne nachträgliche Kenntnis, oder aber er ist dies nicht[806]. Daß er trotz seiner Redlichkeit gleichwohl insoweit nicht schutzwürdig ist, als er "exzediert", steht auf einem ganz anderen Blatt. Beim Exzeß des nichtberechtigten Fremdbesitzers ist darum statt § 990 Abs. 1 BGB immer nur § 991 Abs. 2 BGB einschlägig. Dabei ist dann gleichgültig, ob das der Übergabe vom Nichteigentümer an den Besitzer zugrunde gelegte Schuldverhältnis, also etwa der Verwahrungs- oder Mietvertrag oder die Sicherungsabrede, tatsächlich wirksam besteht oder nicht. Entscheidend ist nur, daß der nichtberechtigte Besitzer im Umgang mit der Sachherrschaft über das hinausgeht, was er in dieser Hinsicht als berechtigter Besitzer bei gültigem Schuldverhältnis dürfte. Diese sekundäre Deliktshaftung gegenüber dem Eigentümer im Rahmen der Vindikationsregelung

---

804) Verbindet man den "Exzeß" des redlichen Fremdbesitzers nicht von vornherein mit einer bestimmten Lösung des Problems, sondern versteht man unter ihm zunächst einmal nicht mehr als das durch einen bestimmten Sachverhalt aufgeworfene Problem als solches, so ist es also gerade dieser Sachverhalt, den § 991 Abs. 2 BGB regelt, und der anders, als dort angenommen, bei fehlendem Besitzrecht des Fremdbesitzers gar nicht eintreten kann. So gesehen ist darum § 991 Abs. 2 entgegen Baur nicht erst eine Bestätigung der Lehre vom Fremdbesitzerexzeß, und erst recht ist entgegen Westermann unter den Voraussetzungen des § 991 Abs. 2 nicht nur in der Regel zugleich ein Exzeß des Fremdbesitzers gegeben (oben Note 791). Vielmehr regelt mit Wolff-Raiser (ebenfalls oben Note 791) § 991 Abs. 2 selbst den Exzeß, und zwar, was auch dort nicht gesehen wird, nicht nur für einen speziellen, sondern für den einzig denkbaren Fall dieser Art.

805) Dazu oben bei Note 655 sowie eingehender bei Note 656 bis 658.

806) Kritisch hiergegen namentlich auch Dietz, Anspruchskonkurrenz 202/3.

wird allen Erfordernissen gerecht[807]). Eine Haftungslücke entsteht hier auch dadurch nicht, daß nach § 992 BGB die grundsätzlich mit der Vindikationsregelung in Begründungskonkurrenz stehende, auf dem Anspruch des Eigentümers nach § 823 Abs. 1 BGB aufbauende Haftungsregelung des deliktsrechtlichen Eingriffsschutzes insgesamt und mit ihr auch die in ihrem Rahmen gelegene, gleichfalls an ein der Erlangung der Sachherrschaft erst nachfolgendes Verhalten des Besitzers anknüpfende Sekundärhaftung dann entfällt, wenn der Besitzer

807) Hinsichtlich der Verjährung gilt für § 991 Abs. 2 BGB, ebenso wie für §§ 989 und 990 BGB, die normale Frist von 30 Jahren (§195 BGB), so daß hier anders als bei Anwendung von § 823 Abs.1 BGB mit der nur dreijährigen Frist (§ 852 BGB; vgl. oben Note 773)keine Schwierigkeiten entstehen können.

Wie früher (oben nach Note 774) schon dargelegt, ist im Bereich von § 991 Abs. 2 BGB auch wieder dem Gedanken von § 819 Abs. 2 BGB Raum zu geben: Hat der Besitzer durch den Erwerb der Sachherrschaft vom Nichteigentümer gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, verdient er dem vindizierenden Eigentümer gegenüber nicht mehr Schutz, als er bei wirksamer Leistung des Nichteigentümers dessen Leistungskondiktion gegenüber hätte. Wenn andererseits der Nichteigentümer mit seiner unwirksamen Leistung einen Gesetzes- oder Sittenverstoß begangen hat und darum nach § 817 Satz 2 BGB auch bei wirksamer Leistung mit seinem auf den Rückabwicklungsanspruch folgenden Schadensersatzanspruch nicht gehört werden müßte, hat dies mit der Redlichkeit und Schutzwürdigkeit des Besitzers nichts zu tun und kann daher auch nicht auf dem Rücken des Eigentümers ausgetragen werden. Dann bleibt die sich an die Vindikation anschließende sekundäre Schadensersatzhaftung des redlichen, aber nicht schutzwürdigen Besitzers gegenüber dem Eigentümer nach § 991 Abs. 2 BGB vielmehr unberührt. Vgl. auch oben Note 668 und 684.

Wohl aber geht nach dem Grundgedanken von § 991 Abs. 2 BGB die Schutzwürdigkeit auch eines solchen redlichen Besitzers zu Lasten des Eigentümers, der sich nach seinem Vertrag mit dem Nichteigentümer von der sekundären Schadensersatzhaftung in zulässigem Rahmen freigezeichnet hatte oder auf eine abgekürzte Verjährung einrichten durfte. Umgekehrt muß dem Eigentümer aber auch wieder eine Verschärfung der Haftung des Besitzers zugute kommen, die dieser dem Nichteigentümer gegenüber getroffen hätte. So Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 III 5 b (zu FN. 37); Westermann, Sachenrecht § 32 V 3; Baur, Sachenrecht § 11 C II 1; vgl. auch Dietz, Anspruchskonkurrenz 204 FN. 49. Dagegen Heck, Sachenrecht § 69, 1 b, der jedoch übersieht, daß § 991 Abs. 2 BGB durchaus zuläßt und verlangt, die Schutzwürdigkeit des redlichen Besitzers auch im konkreten Fall genau zu bestimmen. Nicht einschlägig ist hier RGZ 157, 132 ff., weil es in dieser Entscheidung um berechtigten Besitz ging (oben zu Note 696/7).

die Sache vom Nichteigentümer übergeben erhalten hat[808]).

Ausschlaggebend ist also wieder, daß man der Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz folgend die Vindikationshaftung nicht auf Sachverhalte erstreckt, die zu bewältigen sie nach ihrer Funktion nicht bestimmt ist. Was schon am Nutzungsprivileg zu sehen war, gilt auch für den Fremdbesitzerexzeß: Der Wortlaut der besonderen Vindikationsvorschriften wird ohne alle verfehlten Kunstgriffe unmittelbar sinnfällig, wenn man die Anwendung dieser Bestimmungen nicht funktionswidrig auf den Fall auszuweiten trachtet, daß der Eigentümer seine Sache selbst dem Besitzer übergeben hat. Insbesondere bedarf auch von hier aus gesehen die Haftungssperre des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB keiner Korrektur, so daß sich die eigens zu diesem Zweck von der Rechtsprechung entwickelte Doktrin auch für einen nichtberechtigten Fremdbesitzer erübrigt. Für die Lösung der mit dem Exzeß eines solchen Besitzers aufgeworfenen Sachfrage ist schon im Gesetz selbst abschließend, aber auch hinreichend gesorgt. Wie der mit der Leistungskondiktion herausgabe-

---

808) Was das Verhältnis von Vindikationshaftung und Deliktshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB angeht, trifft also wegen der grundsätzlich gegebenen Begründungskonkurrenz beider (zuletzt oben bei Note 769) die These der vollen Haftungskonkurrenz (oben zu Note 786) vom Regelfall her gesehen das Richtige; freilich nur insoweit. Umgekehrt wird die These vom ausschließlichen Vorrang der Vindikationshaftung vor der Deliktshaftung (oben zu Note 781) allein dem besonderen Fall gerecht, daß die Sache dem Besitzer von einem Nichteigentümer unwirksam übergeben worden ist.

Unzutreffend ist es, wenn man die Konkurrensfrage bezüglich der Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB danach zu entscheiden sucht, ob der Besitzer Eigen- oder Fremdbesitzer ist (Nachweise wieder oben Note 786). § 992 BGB und dementsprechend auch wieder § 993 BGB geben ebenso wie die übrigen Sondervorschriften der Vindikationshaftung für eine Unterscheidung von Eigen- und Fremdbesitz nichts her. So schon oben Note 678.

Nicht minder unrichtig ist es, die Konkurrensfrage danach zu entscheiden, ob der Besitzer redlich und schutzwürdig ist oder nicht (Nachweise ebenfalls oben Note 786). Auch für diese Unterscheidung ist § 992 BGB nichts zu entnehmen, womit nach § 993 BGB auch ein Hehler von der Deliktshaftung gemäß § 823 Abs. 1 BGB ausgenommen ist. Das ist, wie schon dargelegt, gewiß paradox, gibt aber in Wirklichkeit völlig konsequent einen Systemgedanken Ausdruck, der nicht verwischt werden darf: Der bei unwirksamem Leistungserwerb vom Nichteigentümer nichtberechtigte Besitzer wird dem bei wirksamem Leistungserwerb vom Eigentümer unabhängig von seiner Redlichkeit und Schutzwürdigkeit keiner Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB unterliegenden berechtigten Besitzer völlig gleichgestellt.

pflichtige berechtigte Fremdbesitzer beim Exzeß nicht auch auf Grund der Deliktshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, sondern nur im Rahmen der allgemeinen Bereicherungshaftung nach § 820 Abs. 1 Satz 2 BGB Schadensersatz zu leisten hat, so kann der mit der besonderen Eingriffskondiktion herausgabepflichtige exzedierende nichtberechtigte Fremdbesitzer gemäß § 992 BGB nicht auch mit der Deliktshaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, sondern allein im Rahmen der Vindikationshaftung nach § 991 Abs. 2 BGB für den Schaden verantwortlich gemacht werden. Umgekehrt läßt sich damit eben gerade auch anhand der Antwort auf den Exzeß des nichtberechtigten Fremdbesitzers noch einmal belegen, daß eine Übergabe der Sache von Seiten des Eigentümers selbst den neuen Besitzer immer zum berechtigten Besitzer macht.

Bleibt noch, und damit kommen wir zu dem dritten und letzten bereits abgesteckten Fragenbereich, ein Blick auf die vom Eigentümer sonst noch geltend zu machende Schadensersatzhaftung des Besitzers zu tun. Auch insoweit erweckt der von der herrschenden Ansicht undifferenziert vertretene ausschließliche Vorrang der Nebenansprüche der Vindikation nach §§ 987 ff. BGB vor den Deliktsvorschriften der §§ 823 ff. BGB[809] schon von vornherein erhebliche Zweifel, kann doch die Gegenauffassung von der uneingeschränkten Haftungskonkurrenz beider[810] ein allseits anerkanntes Ergebnis wiederum[811] statt als bloße Ausnahme von der Regel als Bestätigung ihres Standpunkts betrachten: Die durch die Vorschaltung des § 992 BGB in § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB erzielte Sperrwirkung gegenüber der Deliktshaftung nach §§ 823 ff. BGB soll wegen des "unbedingten Geltungsanspruchs" des § 826 BGB keine Ausschaltung der Haftung auf Schadensersatz wegen sittenwidriger Schädigung bedeuten[812]. Die nur formale Bestimmung des Verhältnisses der Haftung nach §§ 987 ff. BGB zur Haftung nach § 823 ff. BGB führt in Wirklichkeit auch hier nicht weiter. Entscheidend ist vielmehr wieder eine auf die Funktion der jeweiligen Ansprüche abgestellte Differenzierung der Haftung, wobei zu beachten

809) Oben zu Note 781.
810) Oben zu Note 786.
811) Nämlich ebenso wie die für den Exzeß des Fremdbesitzers von der Rechtsprechung entwickelte Doktrin, die entgegen §§ 992/3 BGB eine Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB zuläßt.
812) Dietz, Anspruchskonkurrenz 206; Wolff-Raiser, Sachenrecht § 85 III 6 a; Westermann, Sachenrecht § 31 III 2 a; Soergel-Siebert-Mühl, 19 vor § 987; h.M.

bleibt, daß die Sekundäransprüche der §§ 987 ff. BGB immer im Zusammenhang mit dem in der Vindikation nach § 985 BGB gelegenen Primäranspruch gesehen werden müssen. Was aber die Vindikationshaftung von der hier allein noch zu behandelnden sonstigen Deliktshaftung nach §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB abhebt, ist der nur ihr zukommende Charakter eines Eingriffsschutzes des subjektiven Eigentumsrechts. Dieser bereicherungsrechtliche Eingriffsschutz, seine Modifikation durch das Schadensprivileg und seine Auswirkung auf den deliktsrechtlichen Eingriffsschutz desselben subjektiven Rechts lassen auf der anderen Seite die nicht in den Drittschutz des subjektiven Eigentumsrechts fallende sonstige Deliktshaftung des nichtberechtigten Besitzers gegenüber dem Eigentümer nach §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB völlig unberührt. Diese Haftung gehorcht vielmehr in ihren Voraussetzungen und ihrer Ausgestaltung im einzelnen allein ihren eigenen Gegebenheiten und tritt, wenn sie gleichfalls vorhanden sind, in uneingeschränkter Anspruchskonkurrenz ebenso wie neben die Opferhaftung auch neben die Eingriffshaftung[813]. Dabei ist nun auch ohne Belang, ob der Besitzer die Sachherrschaft "durch verbotene Eigenmacht" gegenüber dem Eigentümer oder einem Dritten oder aber durch eine unwirksame Übergabe der Sache vom Nichteigentümer erlangt hat. Davon abgesehen kann diese Haftung ebenso wie schon an die Erlangung der Sachherrschaft auch an ein der Begründung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses erst nachfolgendes Verhalten des Besitzers erstmalig anknüpfen.

In § 992 BGB kommt diese Unabhängigkeit der Haftung nach §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB vom Drittschutz des subjektiven Rechts nur unvollkommen zum Ausdruck. Das ist jedoch höchstens geeignet, die Unzulänglichkeit aller Versuche zu kaschieren, mit denen man das Verhältnis von Vindikations- und Deliktshaftung hat in das undifferenzierte Schema einer formalen Regel pressen wollen. Sieht man statt dessen auf die Funktion der jeweiligen Haftung, ist die Konkurrenz der Haftung nach §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB mit dem Drittschutz des subjektiven

813) Zu dieser Anspruchskonkurrenz vor allem wieder oben bei Note 711 und 728.

rechts nicht mehr als selbstverständlich[814]). Um die Haftung nach §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB neben der bereicherungsrechtlichen Eingriffshaftung mit der Vindikationsregelung nach §§ 985, 987 ff. BGB uneingeschränkt zur Geltung zu bringen, hätte es auch hier - ebenso wie dies für ihr Verhältnis zur bereicherungsrechtlichen Opferhaftung nach §§ 812 ff. BGB entbehrlich war - einer besonderen Vorschrift überhaupt nicht bedurft. Oder anders gesagt, die Bestimmung des § 992 BGB enthält bezüglich der nicht ein subjektives Recht schützenden Deliktshaftung nicht nur keine positive Aussage von selbständigem Stellenwert, sondern hat insoweit auch keine im Zusammenwirken mit der Haftungssperre des § 993 Abs. 1 Halbs.2 BGB auf die Ausschaltung einer solchen Deliktshaftung gerichtete negative Bedeutung. Dementsprechend kann sie zur Verdeutlichung der vollen Anspruchskonkurrenz dieser Haftung mit der Vindikationshaftung in aller Unbefangenheit berichtigt werden. Unvollkommen ist die Fassung von § 992 BGB deshalb, weil die "strafbare Handlung" unter den schon mit den Voraussetzungen der Haftung in Bezug genommenen "Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen"[815]) allein auf § 823 Abs. 2 BGB zielt. Denn in der Tat ebenso von der Vindikationsregelung unberührt bleibt auch die Haftung nach § 826 BGB. Nur wird der schon angeführten üblichen Begründung dieses recht besehen keineswegs singulären Ergebnisses das Odium einer bloßen petitio principii erst dann genommen, wenn man die gegen ein "Schutzgesetz" verstoßende"strafbare Handlung" und das den "guten Sitten" zuwiderlaufende Verhalten gleichermaßen dem mit der "verbotenen Eigenmacht" umschriebenen Eingriff in das subjektive Eigentumsrecht gegenüberstellt[816]). Dementsprechend ist der Wortlaut des § 992 BGB um den

---

814) Wegen dieser (Anspruchs-)Konkurrenz trifft also für das Verhältnis von Vindikationshaftung und Deliktshaftung nach §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB allein die These von der uneingeschränkten Haftungskonkurrenz (oben zu Note 786 und zuletzt zu Note 810) das Richtige, während die Behauptung des ausschließlichen Vorrangs der Vindikationshaftung vor der Deliktshaftung (oben zu Note 781 und zuletzt zu Note 809) insofern unzutreffend ist. Vgl. oben Note 808.

815) Oben zu Note 773.

816) Was natürlich nicht ausschließt, daß auch strafbare Handlung und [illegible]verstoß einen Bezug zum Eigentum haben müssen. Daß insbesondere der Zweck des verletzten "Schutzgesetzes" gerade auf die Erhaltung des Eigentums als Vermögensgut gerichtet sein muß, ergibt sich bereits aus der in § 992 BGB vorgenommenen Verweisung auf schon die Voraussetzungen der Deliktshaftung und ist auch ganz herrschende Ansicht; statt aller: Soergel-Siebert-Mühl, 4 zu § 992 Es reicht also nicht hin, daß der Besitzer zur Erlangung der Sache Zoll- oder Währungsvorschriften verletzt oder daß er sich der Sache im Adamskostum bemächtigt hat. Vgl. auch oben zu Note 774.

Fall der sittenwidrigen "Verschaffung des Besitzes" zu ergänzen. Um auf diesem Wege die Tragweite der Sperrwirkung des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB auf das ihr in Wahrheit zukommende Maß zurückzuschneiden, ist indes noch ein zweiter Schritt erforderlich. Denn unvollkommen gefaßt und darum der Ergänzung bedürftig ist die Vorschrift des § 992 BGB auch insoweit, als sie nur auf die "Verschaffung des Besitzes" abhebt und nicht auch ein dieser wie etwa im Falle einer Unterschlagung oder Sachbeschädigung erst nachfolgendes, gegen ein "Schutzgesetz" oder die "guten Sitten" verstoßendes Verhalten des Besitzers in ihren Wortlaut mit einbezieht[817].

Wie also auch immer der vom Besitzer dem Eigentümer im Rahmen der bereicherungs- oder deliktsrechtlichen Eingriffshaftung aus dem subjektiven Eigentumsrecht zu leistende Schadensersatz ausfallen mag: Entwendet der Besitzer die Sache beim Eigentümer oder bei einem Dritten oder bringt er gestohlenes Gut als Hehler an sich, oder auch, läßt er sich gutgläubig gestohlenes Gut zum Pfand geben lassen und veräußert er es später heimlich an einen anderen oder beschädigt es mutwillig, so haftet er dem Eigentümer auf jeden Fall sowohl nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 242 bzw. 259, 246, 303 StGB als auch nach § 826 BGB.

Es ist also, wie wir abschließend sagen können, dafür gesorgt, daß der Eigentümer nicht durch parallele, gleichfalls sein subjektives

817) Zu weitgehend demselben Ergebnis kommt Dietz, Anspruchskonkurrenz 212/3, wenn er die nachträgliche Umwandlung von (nicht eigenmächtig erlangtem) Fremdbesitz in Eigenbesitz als Erlangung neuen Besitzes und damit als "Verschaffung des Besitzes" im Sinne von § 992 BGB verstanden wissen will. Daß diese vom Bundesgerichtshof in BGHZ 31, 129 (133 ff.) auch zur Auslegung von § 990 Abs. 1 BGB herangezogene Argumentation verfehlt ist, wurde oben Note 658 schon gesagt. Der auch von Dietz (aaO 193/4) behauptete qualitative Unterschied von Eigen- und Fremdbesitz besteht in Wahrheit nicht. Für die Auslegung von § 990 Abs. 1 BGB zieht auch Dietz (aaO 193 ff.; dazu auch oben bei Note 655 und 656) aus dieser Behauptung keine Folgerungen. Für § 992 BGB kann nichts anderes gelten. Statt mit solchen unhaltbaren Kunstgriffen ist die gebotene Einschränkung der Haftungssperre des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB vielmehr einfach dadurch zu erreichen, daß man die redaktionell verkümmerte Fassung des § 992 BGB dem ihr bezüglich der Haftung nach §§ 823 Abs. 2 und 826 BGB zugrunde liegenden Prinzip gemäß in der hier vorgeschlagenen Weise erweitert.

Recht schützende Schadensersatzansprüche das Schadensprivileg des nichtberechtigten Besitzers wieder hinfällig machen kann. Eine Haftungslücke entsteht dadurch nicht, sofern man die Vindikationslage nur richtig eingrenzt. Die außerhalb des Drittschutzes des subjektiven Rechts stehenden Schadensersatzansprüche des Eigentümers gegen den Besitzer bleiben demgegenüber immer unberührt.

ee) Fassen wir wieder zusammen. Wennschon auf Anhieb nur schwer zu durchschauen, lassen sich die Vorschriften der §§ 985, 987 ff. BGB zur Vindikationshaftung und zu deren Abgrenzung von der Deliktshaftung entgegen aller Kritik auf ein einfaches und wohlfundiertes Prinzip zurückführen. Grundsätzlich ist der nichtberechtigte Besitzer sowohl der auf der Vindikation nach § 985 BGB aufbauenden Haftungsregelung als auch den weiteren, auf den Deliktsansprüchen nach §§ 823 Abs. 1 und 687 Abs. 2 BGB aufbauenden Haftungsregelungen des Eingriffsschutzes voll unterworfen. Anders jedoch für den Fall, daß sein Eingriffserwerb auf eine unwirksame Übergabe der Sache von einem vom Eigentümer verschiedenen Dritten zurückgeht. Dann nämlich steht er dem berechtigten Besitzer gleich, der die Sache wirksam vom Eigentümer übergeben erhalten hat und in die Haftungsregelung einbezogen ist, die ihren Ausgang bei der Leistungskondiktion nimmt. Denn dann genießt er bezüglich des Schadensersatzes wegen Verzuges oder nachträglicher Unmöglichkeit der Herausgabe im Rahmen seiner besonderen bereicherungsrechtlichen Eingriffshaftung denselben Verkehrsschutz wie der berechtigte Besitzer im Rahmen der allgemeinen bereicherungsrechtlichen Opferhaftung. Und dann ist er ebenso wie der berechtigte Besitzer von der Deliktshaftung aus dem Eigentumsrecht ausgenommen. Darüber hinaus kommt ihm in dem gleichen besonderen Fall des fehlgeschlagenen Leistungserwerbs vom Nichteigentümer, sofern dieser Erwerb entgeltlich erfolgt ist, noch ein weiterer Schutz in Gestalt eines Nutzungsprivilegs zugute, das eine im Gegensatz zur wirksamen Übergabe der Sache vom Eigentümer hier fehlende Rückbehaltungsbefugnis zu kompensieren bestimmt ist.

c) Wir können diese hier nur in ihren großen Zügen behandelten und im einzelnen von einer übertrieben diffizilen Technizität der Materie schon fast verschütteten Sachfragen um die Vindikationshaftung

nicht weiter verfolgen. Die unsichere Handhabung der Vindikation und ihrer Begleitansprüche und die mangelnde Bestimmtheit von deren Verhältnis zu den in denselben Zusammenhang hineinreichenden anderweitigen Ansprüchen hat jedoch gerade den Anstoß zu unserem umfassender angelegten Versuch gegeben, die Leistungskondiktion als Opferanspruch aus dem subjektiven Recht zu entwickeln. So waren wir es schuldig, auf die Schlüsselrolle unserer These für diesen Fragenkreis und wenigstens die wichtigsten daran zu knüpfenden Folgerungen näher einzugehen. Dabei können wir uns im Ergebnis durchaus dem Urteil Sibers[818] anschließen, mag dieses auch, wir meinen, von seinen eigenen Thesen noch keineswegs voll getragen werden: Daß nämlich die Vindikationsvorschriften der §§ 985, 987 ff. BGB in einzelnen fast durchweg als haltbar erscheinen und erst durch eine falsche Überdehnung ihres Anwendungsbereichs "verdorben" worden sind. Und ebenso, daß es für ihr Verhältnis zur sonstigen Haftung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis darauf ankommt, durch eine sachgerechte Konkurrenzlehre die in sorgfältiger Gesetzgebung herausgearbeiteten Unterschiede zwischen Fällen von ganz verschiedener Interessenlage zur Hebung zu bringen[819]. Um dem gerecht zu werden, sind wir

---

818) JhJ 89, 75 und 95.

819) Siber macht bei seinem Versuch, die Haftungsbeziehungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis durch eine Gegenüberstellung von "schwachen" und "starken" Ansprüchen sinnvoll zu ordnen (oben zu Note 318 bis 323), eine von uns oben Note 596 und Note 630 schon abgelehnte Voraussetzung: Man soll zu unterscheiden haben zwischen bloßen auf "Auskehrung" gerichteten und erst bei Unredlichkeit oder sonstigem Fehlen der Schutzwürdigkeit des Schuldners kraft einer auf Naturalrestitution gerichteten Schadensersatzpflicht "zum Verschaffungsanspruch verschärften" Herausgabeansprüchen auf der einen Seite und schon von vornherein auf eine solche "Verschaffung" gerichteten Herausgabeansprüchen auf der anderen Seite. Zu den ersteren zählt Siber den Herausgabeanspruch der allgemeinen Bereicherungshaftung nach § 812 BGB und die Vindikation nach § 985 BGB, zu den letzteren die besonderen "vertraglichen" und "gesetzlichen" Herausgabeansprüche wie die Ansprüche nach §§ 346, 556, 581 Abs. 2, 604, 695, 1055, 1223 BGB sowie die deliktsrechtlichen Herausgabeansprüche nach §§ 823 ff. BGB; dazu vor allem JhJ 89, 17 ff., insbes. 21. Dieselbe Unterscheidung findet sich etwa auch wieder bei Wolff-Raiser, Sachenrecht § 84 FN.6 und namentlich bereits bei Heck, Schuldrecht § 28, 2, der sie im Blick auf Spezies- und Gattungsschuld besonders eingehend herausgearbeitet hat, sie aber ebenfalls zugleich schon auf das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis angewendet sehen wollte.

Indes, so treffend diese Differenzierung nach Auskehrung- und Verschaffungshaftung den Gegensatz von Spezies- und Gattungsschuld auch verdeutlicht, im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis muß sie ver-

von der in der modernen Bereicherungsdogmatik entwickelten Unterscheidung von Leistungs- und Eingriffskondiktion ausgegangen. Rückblickend können wir nunmehr auch die erst in neuerer Zeit von Lan-

sagen. Denn soweit auf Herausgabe gerichtet, ist die primäre Haftung in Wirklichkeit immer "Auskehrungshaftung", mag es sich um die allgemeine Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, Satz 2 BGB oder eine besondere Leistungskondiktion wie diejenige nach §§ 346, 556, 581 Abs. 2, 604[695], 1055, 1223 BGB oder aber um die besondere Eingriffskondiktion nach § 985 BGB oder den deliktsrechtlichen Herausgabeanspruch nach § 823 Abs. 1 i.V.m. § 249 BGB oder auch § 687 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. §§ 681 Satz 2,667 Fall 1 BGB handeln. Demgegenüber ist die sich an alle diese Herausgabeansprüche jeweils anschließende sekundäre Deliktshaftung wegen Unmöglichkeit der Herausgabe niemals "Verschaffungshaftung". Denn ob man nun auf § 989 BGB oder auf § 280 BGB stößt, so heißt Unmöglichkeit der Herausgabe doch stets, daß eine "Naturalherstellung" durch Herausgabe (§ 249 BGB) gerade nicht möglich ist. Diese sekundäre Haftung richtet sich daher immer nur auf Geldersatz (§ 251 BGB).

Auch die Redeweise von der"Verschärfung der Auskehrungshaftung zur Verschaffungshaftung" ist schief und führt sowohl bei der allgemeinen Bereicherungshaftung nach §§ 812 ff. BGB als auch bei der besonderen Bereicherungshaftung nach §§ 985, 987 ff. BGB in die Irre. Ob der Herausgabeschuldner redlich und schutzwürdig oder aber unredlich oder jedenfalls nicht schutzwürdig ist, ändert an seiner Pflicht zur Herausgabe als solcher keinen Deut. Etwas ganz anderes ist, daß er, wenn die Herausgabe durch sein an sich rechtswidriges Verhalten nachträglich unmöglich geworden ist,dafür gleichwohl allein im Falle seiner Unredlichkeit oder doch fehlender Schutzwürdigkeit auch mit der sekundären Deliktshaftung einzustehen hat, die auf Schadensersatz in Geld gerichtet ist. Aber auch dann ist das keine "Verschärfung" ein und derselben Haftung, sondern eine Ersetzung der primären Bereicherungshaftung durch die sekundäre Deliktshaftung. Ob der Herausgabeschuldner dabei für Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 276 BGB), oder, wie unter Verzugsvoraussetzungen, etwa auch für "Zufall" (§ 287 BGB) einzustehen hat, bedeutet im übrigen ebenfalls eine qualitative Veränderung weder seiner primären Herausgabepflicht noch auch seiner sekundären Schadensersatzpflicht, sondern nur eine allein die letztere angehende Frage des Haftungsmaßstabs.

Eine sachgerechte Ordnung der Haftungsbeziehungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis kann eben statt von einer Unterscheidung nach angeblich "starken" und "schwachen" Ansprüchen allein -wie gegen Siber zuletzt oben Note 736 noch einmal hervorgehoben- die Alternativität von Opfersicherung und bereicherungs- oder deliktsrechtlichem Eingriffsschutz des subjektiven Eigentumsrechts zum Ausgangspunkt nehmen, die im übrigen ein Nebeneinander dieser Ansprüche aus dem subjektiven Recht mit der nicht zum Drittschutz des subjektiven Rechts gehörenden Haftung wie mit den Ansprüchen nach §§ 823 Abs. 2, 826 BGB durchaus verträgt. Davon abgesehen hat sich ja auch Siber selbst genötigt gesehen, von seinem eigenen Ansatz abzugehen, wenn er auch innerhalb der von ihm auf die allgemeine Bereicherungshaftung und die Vindikationshaftung beschränkten "Auskehrungshaftung" die §§ 812 ff. BGB die §§ 985, 987 ff. BGB verdrängen läßt (JhJ 89, 90 ff.; oben Note 342).

Ge[820]) geäußerte Mutmaßung nur voll bestätigen, daß die bei dieser Grundlagendifferenzierung des Bereicherungsrechts sich ergebenden Einteilungen auch die Konkurrenzverhältnisse zu anderen "Anspruchsgrundlagen" weit stärker bestimmen, als der Gesetzesaufbau äußerlich erkennen läßt.

IV. Von der Vermögensverschiebung zur Güterverschiebung. Zusammenfassung.

Wir stehen damit auf dem Boden der von uns bestätigten Zuweisungslehre vor dem am subjektiven Eigentumsrecht entwickelten Ergebnis, daß wie die Eingriffskondiktion einen Fortwirkungsanspruch aus einem von einer Verletzung betroffenen Recht, so auch die Leistungskondiktion einen Fortwirkungsanspruch aus einem von einer Übertragung durch Veräußerung oder Ausübungsüberlassung betroffenen Recht darstellt. Dabei haben wir zugleich gesehen, daß sich der von dem Berechtigten aus der Güterzuweisung seines aufgeopferten oder verletzten Rechts verlorene Zuweisungsgehalt in der Bereicherung des ausgleichspflichtigen Dritten wiederfindet - sei es als die ursprüngliche Herrschaftsmacht über den Gegenstand, sei es als der Wert dieses Gegenstandes, in den sich die Herrschaftsmacht über den Gegenstand umgesetzt hat. Dann ist aber auch dem Erfordernis Genüge getan, das wir für den schlüssigen Nachweis des Prinzips der Rechtsfortwirkung in seiner bereicherungsrechtlichen Tragweite aufgestellt hatten[821]): Sowohl bei der Leistungs- als auch bei der Eingriffsbereicherung geht es stets und ausnahmslos um einen aus einem Recht des Betroffenen abgeleiteten, also derivativ erlangten Erwerb des Dritten. Nun will allerdings dieser Befund nicht zu der modernen Tendenz der Lehre und, wennschon weniger offenkundig, auch der Rechtsprechung passen, sich von dem Dogma der Vermögensverschiebung mehr und mehr zu lösen: Eine Tendenz, die sich darin niederschlägt, daß heute schon so gut wie einhellig für Leistungs- und Eingriffskondiktion gleichermaßen auf das Erfordernis eines als Vermögenseinbuße verstandenen

820) JZ 1964, 640 (643).
821) Oben Seite 25 und 26.

Schadens des einen Teils verzichtet wird, ja daß einzelne Stimmen sogar auch schon einen Vermögenszuwachs des anderen Teils als Voraussetzung der Haftung für entbehrlich halten[822]. Diesem Widerspruch gegenüber vermag man sich auch nicht mit der Feststellung zu beruhigen, daß trotz der Aufgabe des Schadenserfordernisses jedenfalls die Rechtsprechung, aber nicht nur sie, nach wie vor grundsätzlich an der Notwendigkeit einer Vermögensverschiebung festhält[823] und daß man sogar darüber hinaus mit Jakobs[824] wird sagen können, daß dieses Dogma ungeachtet aller Bemühungen der Lehre um eine Differenzierung der Haftung nach dem bis auf den heutigen Tag vorherrschenden Verständnis noch immer den gemeinsamen Grundgedanken sämtlicher Bereicherungsansprüche abgibt. Denn wir haben bereits dargelegt, daß selbst mit dem Verzicht nur auf das Erfordernis eines Vermögensschadens des Gläubigers in Wahrheit zwangsläufig eben schon auch das Erfordernis einer Vermögensverschiebung zwischen Gläubiger und Schuldner vollständig über Bord geworfen wird[825]. Hierüber könne, so sagten wir, auch die Kompromißformel nicht hinwegtäuschen, mit der man das Kriterium der Vermögensverschiebung aufgelockert hat, um damit wenigstens dem Prinzip nach seine Wahrung weiterhin möglich zu machen: daß nämlich Entreicherung auf der einen und Bereicherung auf der anderen Seite sich nach Inhalt und Umfang nicht notwendig decken müßten[826]. Darum werden wir im Lichte dieser Entwicklung die von uns in Bestätigung der klassischen Auffassung gefundene strenge Entsprechung von Entreicherung des einen und Bereicherung des anderen Teils noch einmal überprüfen müssen.

1. Entreicherung und Schaden

Der hinsichtlich des Erfordernisses einer Entreicherung des Gläubigers gegenüber der klassischen Bereicherungsdogmatik eingetretene, jedoch nicht auch im Blick auf die Vermögensverschiebung

822) Oben Seite 22 bis 25 zu Note 45 bis 56.
823) Hierzu etwa BGHZ 36, 232 (233). Im übrigen Staudinger-Seufert, 6 ff. zu § 812 m.w.Nachw.
824) Eingriffserwerb 50.
825) Oben Seite 24.
826) Nachweise oben Seite 24 Note 55.

im ganzen voll durchgehaltene Anschauungswandel läßt nicht ausgeschlossen erscheinen, daß man es hier vielleicht weniger mit der Entbehrlichkeit einer solchen Einbuße überhaupt als vielmehr mit einem Wandel des dabei zugrunde gelegten Schadensbegriffs zu tun hat. Und so verhält es sich in der Tat.

1. Der Produzent, der seine Ware in den Handel bringt oder für einen Kredit verpfändet oder durch Diebstahl einbüßt, verliert die Herrschaftsmacht über seine Sache. Nicht anders liegt es für einen Hauseigentümer, der sein Grundstück veräußert oder verpachtet oder von ihm wider seinen Willen verdrängt wird, oder weiter etwa auch für den Bauunternehmer, der das von ihm angeschaffte Material zur Errichtung des vom Bauherrn in Auftrag gegebenen Hauses verwendet oder für einen sonstigen Eigentümer, dem es bei der Erstellung des Hauses ohne seinen Willen entzogen wird. An dieser Entreicherung läßt sich nicht deuteln.

Will man demungeachtet bei den hier entstehenden allgemeinen oder besonderen Leistungs- bzw. Eingriffskondiktionen eine Entreicherung des Eigentümers in Frage stellen, einen sich notwendig einstellenden Schaden leugnen, so ist dies nur bei einer nicht gegenstands-, sondern vermögensbezogenen Betrachtungsweise möglich: So kann sehr wohl sein, daß die umgesetzte, als Sicherheit weggegebene oder gestohlene Ware als bloßer Ladenhüter längst abgeschrieben war, daß es sich bei dem aufgelassenen, verpachteten oder entzogenen Grundstück um ein völlig überschuldetes und wirtschaftlich nicht länger zu haltendes Ruinengrundstück handelte, oder daß der Unternehmer oder sonstige Eigentümer für das verbaute Material ohnehin keine Verwendungsmöglichkeit mehr gehabt hatte. Und im Falle der Veräußerung oder Ausübungsüberlassung des Eigentums im besonderen, wie bei der Umsetzung der Ware oder der Verpachtung des Grundstücks, hat man natürlich auch daran zu denken, daß dem Eigentümer regelmäßig ein zur Ausgleichung seiner Vermögenseinbuße bestimmtes Entgelt von dem Dritten zufließen wird. Aber selbst unabhängig von einem Entgelt kann der Eigentümer so gesehen gegebenenfalls auch einmal nicht nur nicht geschädigt, sondern infolge des Verlusts im Ergebnis sogar bereichert sein: Dies et-

wa dann, wenn ein schrottreifer Gebrauchtwagen veräußert oder gestohlen worden ist, der schon bereitgestellt war, um zu nicht unerheblichen Kosten auf den Autofriedhof geschleppt zu werden.

Und doch kann in all diesen Fällen der Empfänger oder Verletzer, mit der Opferkondiktion bzw. mit der Eingriffskondiktion belangt, dem Eigentümer nicht entgegenhalten, dieser sei überhaupt nicht geschädigt oder habe mit dem von ihm geltend gemachten Verlust genau besehen sogar noch etwas gewonnen. Das hat seinen Grund darin, daß es sich bei der hier in Wahrheit stets gegebenen Entreicherung des Eigentümers nicht um einen vermögensbezogenen Schaden im Sinne einer Vermögenseinbuße, sondern um einen gegenstandsbezogenen Schaden im Sinne eines Güterverlusts handelt. Nicht von dem gesamten Vermögen, sondern von einem einzelnen subjektiven Recht des Betroffenen nimmt der Bereicherungsanspruch seinen Ausgang.

2. Mit der von der modernen Bereicherungslehre[827] zutreffend als besondere Errungenschaft betrachteten Befreiung der Haftung von der Voraussetzung einer als Vermögensschaden verstandenen Entreicherung des Gläubigers hat es daher noch nicht sein Bewenden. Denn nicht um die Preisgabe des Erfordernisses einer Entreicherung im Sinne eines Schadens überhaupt geht es. Vielmehr tritt aus dieser Entwicklung als nach wie vor unentbehrliches Erfordernis der Ausgleichspflicht des Schuldners eine Entreicherung des Gläubigers in der Gestalt desjenigen Güterschadens ans Licht, den Lehre und Rechtsprechung - bewußt oder unbewußt - schon seit langem in verschiedenen Ansätzen herauszuarbeiten beschäftigt sind, und der gerade in jüngster Zeit zu besonderer Aktualität gelangt ist.

a) Sicherlich ist im Schadensrecht mehr oder weniger feldbeherrschend auch heute noch der subjektive, am Vermögen des Geschädigten messende Schadensbegriff, demzufolge unter dem Schaden das Interesse, d. h. die Differenz zu verstehen ist, um welche die durch das schädigende Ereignis eingetretene Vermögenslage des Betroffenen

827) Hierzu etwa Wilburg AcP 163, 349.

hinter derjenigen zurückbleibt, die ohne dieses Ereignis für ihn bestehen würde[828]; Ein seinem Umfang nach entsprechend den weiteren Auswirkungen des Schadensereignisses gleitender und erst im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung endgültig fixierter Schaden, von dem insbesondere die Praxis immer wieder betont hat, er sei nicht als streng rechtlicher, sondern als wirtschaftlicher Begriff aufzufassen[829].

Gegenüber der den Vätern des Bürgerlichen Gesetzbuches in Anknüpfung an die Tradition des späten gemeinen Rechts so gut wie selbstverständlichen Verabsolutierung dieser "Differenzhypothese"[830] zu einem "einheitlichen" Schadensbegriff hat aber namentlich Oertmann[831] schon frühzeitig Bedenken angemeldet. Ohne den auf das Vermögen festgelegten Rahmen der Betrachtung grundsätzlich zu verlassen, verlangte er statt dessen, man müsse innerhalb des Schadensbegrifs sowohl auf einen auf den beeinträchtigten Gegenstand bezogenen Schaden einerseits als andererseits auch auf denjenigen Schaden abheben, der sich erst anhand der Auswirkung des schädigenden Ereignisses auf das Vermögen des Betroffenen ermitteln läßt. In neuerer Zeit hat vor allem auch Larenz[832] wieder die Notwendigkeit einer solchen "Gliederung" des Schadensbegriffs besonders unterstrichen. Eine noch entschiedenere Wendung hat diese Entwicklung durch die zuerst von Neuner[833] und Wilburg[834] aufgezeigte Möglichkeit einer

828) Die klassische Darstellung dieses Schadensbegriffs hat H.A.Fischer, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich (1903), insbes. 21 ff., 33 ff. gegeben; statt aller übrigen: Enneccerus-Lehrmann, Schuldrecht § 14 I; RGRK-Mastelski, 3 vor §§ 249-255; Soergel-Siebert-Reimer Schmidt, 3 zu §§ 249-253. Eingehend zum Vermögensschaden zuletzt Mertens, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht (1967), insbes. 121 ff., 227 ff.
Aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des in seiner Nachfolge stehenden Bundesgerichtshofs etwa: RGZ 77,99 (101); 142,8 (11/2); BGHZ 5, 138 (142); 11,16 (26); 27, 181 (183/4); 40, 345 (347).

829) BGHZ 40, 347/8 m.w.Nachw.

830) Heck, Schuldrecht § 11, 4.

831) Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch (1901); Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse[5] (1928/9), 2 vor §§ 249-254.

832) Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung, NJW 1950,487 (490 ff.); Die Notwendigkeit eines gegliederten Schadensbegriffs, VersR 1963, 1 ff.; Schuldrecht I § 14 II. Vgl. auch derselbe, Der Vermögensbegriff im Schadensersatzrecht, Festschr. Nipperdey I 489 ff.

833) Interesse und Vermögensschaden, AcP 133 (1931) 277ff.

834) Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, JhJ 82 (1932) 51 (125 ff.); Die Elemente des Schadensrechts (1941) 250/1.

völligen Verselbständigung des Schadensbegriffs gegenüber der Basis eines in Mitleidenschaft gezogenen Vermögens genommen, die nunmehr in erster Linie auf den beeinträchtigten Gegenstand allein und nur auf diesen auch dann abzustellen erlaubt, wenn es an einer durch dasselbe Schadensereignis ausgelösten Vermögensdifferenz zu Lasten des Betroffenen vollständig fehlt.

In der gleichen Richtung eines selbständig am Gegenstand eines verletzten Rechts orientierten Schadens haben dann auch in der Folgezeit bis heute immer zahlreichere Stimmen des Schrifttums Bahn gebrochen: Für einen konkreten oder objektiven Schaden, der einen gleichzeitig ausgelösten, jedoch am Vermögen des Betroffenen orientierten, rechnerisch abstrakten oder subjektiven Schaden nicht zur Voraussetzung hat; ein Schaden, der vielmehr ein auf jeden Fall zu ersetzendes und seinem Umfang nach mit dem Zeitpunkt der Verletzung bereits feststehendes Minimum umfaßt, ohne im übrigen die Geltendmachung eines etwa vorhandenen weitergehenden subjektiven Schadens auszuschließen[835].

---

835) In diesem Sinne, wennschon im einzelnen mit Unterschieden in der Betonung und auch im Ergebnis, insbesondere: Rabel, Das Recht des Warenkaufs I (1936) 449 ff.; Möller, Summen- und Einzelschaden (1937), insbes. 8 ff.; Coing, Interesseberechnung und unmittelbarer Schaden, SJZ 1950, 865 ff.; Nörr, Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht, AcP 158 (1959/60) 1 (5 ff.); Böttticher, Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm, AcP 158, 385 (400 ff.) (vgl. aber auch derselbe, Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile, VersR 1966, 301 ff.); Steindorff, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158, 431 ff. ; derselbe, Gewinnentgang und Schadensberechnung des Verkäufers, JZ 1961, 12 ff.; Niederländer, Schadensersatz bei Aufwendungen des Geschädigten vor dem Schadensereignis, JZ 1960,617 (620); Zeuner, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163 (1964) 380 ff., insbes. 390 ff.; Wiese, Der Ersatz des immateriellen Schadens (1964) 17 ff.; Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung (1964) 26 ff.

Kritisch hiergegen jetzt namentlich wieder Mertens, Vermögensschaden 50 ff., insbes. 87 ff. Doch auch er anerkennt einen "objektiven Schadenskern" (aaO 139 ff.) und gliedert den "Wert der Vermögensminderung im Falle eines Sachschadens in die Minderung des Substanzinteresses (individuellen Sachwerts) und den vermögensbezogenen Ausfallwert" auf (aaO 144). Nur soll dieser objektive Schaden "nicht außerhalb, sondern innerhalb der Lehre vom subjektiven Interesse" rangieren (aaO 148). Zur Auflösung des einheitlichen subjektiven Schadensbegriffs eingehend auch Diederichsen, Die Haftung des Warenherstellers (1967) 136 ff.

b) Aber auch die Rechtsprechung hat, obwohl sie lange genug ihre grundsätzliche Verpflichtung auf die Differenzhypothese in deren ganzer Einseitigkeit zu betonen nicht müde geworden war, dieselbe Entwicklung auf verschiedenen Wegen ebenfalls kräftig vorangetrieben.

Das gilt einmal und vor allem von der ursprünglich nur auf dem Gebiet der Immaterialgüterrechte mit Unterstützung der Lehre zu festem Gewohnheitsrecht ausgebildeten[836], vom Bundesgerichtshof aber inzwischen, jedenfalls partiell, auch auf die sonstigen "Ausschließrechte"[837] einschließlich insbesondere auch des Eigentums[838] ausgedehnten dreifachen Methode der Schadensberechnung bei deliktischen Eingriffen. Hiernach kann der Betroffene wahlweise die von ihm nachweislich erlittene Vermögenseinbuße oder die bei der Erteilung einer entsprechenden Lizenz üblicherweise zu entrichtende, angemessene Vergütung oder schließlich auch die von dem Dritten mit dem Eingriff erlangten Vorteile als ihm zu ersetzenden Schaden geltend machen. Dabei geht es im ersteren Fall um den im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB "konkret" zu ermittelnden subjektiven Schaden des Betroffenen im klassischen Sinne. Demgegenüber hat die zuletzt genannte Methode eine Erstreckung des Tatbestandes der Geschäftsanmaßung auch auf deren nur fahrlässige Verwirklichung zum Inhalt, mit der die eigengeartete, pauschalierend in einen Anspruch auf Vorteilsherausgabe gegen den Dritten umgemünzte Erfassung des wiederum subjektiven Schadens des Betroffenen in § 687 Abs. 2 BGB bei jeder deliktischen Verletzung des Rechts zugänglich gemacht wird[839]. Für uns kommt es hier jedoch auf

836) Für das Urheber- und Patentrecht: RGZ 156, 321 (325 ff.); BGHZ 20, 345 (353) m.w.Nachw.; für das Warenzeichenrecht: BGHZ 44, 372 (374). Statt aller übrigen: Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht[2] (1960) § 91 II; Steindorff AcP 158, 451 ff.

837) BGHZ 20, 353/4.

838) BGH NJW 1963, 2020 (2021), oben Note 258; BGH NJW 1967, 1803 f. Dagegen grundsätzlich etwa noch Steindorff aaO, insbes. 456 ff.

839) Dazu vor allem noch einmal v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 360 (oben Note 49). Über die Immaterialgüterrechte hinaus nimmt der Bundesgerichtshof diese Ausweitung des § 687 Abs. 2 BGB bislang freilich nicht vor.

die dem Betroffenen eingeräumte weitere Befugnis an, seinen ihm nach § 823 Abs. 1 BGB zu ersetzenden Schaden auch "abstrakt" nach dem gemeinen Wert des Gegenstandes zu berechnen, welcher an dem Entgelt zu ermitteln ist, das bei einer vertraglichen Überlassung der durch den Eingriff verlorenen Herrschaftsmacht über den Gegenstand im Verkehr hätte erwartet werden dürfen. Denn was hier mit dem gemeinen Wert abgegolten wird, ist wieder der eigenständige objektive Schaden[840]. Das wird dadurch noch deutlicher, daß dem Betroffenen dieser Weg zur Berechnung seines Schadens unabhängig davon offensteht, ob er sich tatsächlich jemals zu einer solchen Ausübungsüberlassung seines Rechts an einen Dritten verstanden haben würde oder auch nur selbst sein Gut überhaupt hätte einer Verwertung zuführen können, ja daß er ihn auch dann wählen darf, wenn er - wie im Schulfall der durch einen Eingriff in sein Urheberrecht berühmt gewordene Autor - sich infolge dieses Eingriffs vermögensmäßig weit besser steht als zuvor.

Auf derselben Linie liegen jedoch auch die von uns in anderem Zusammenhang[841] schon gestreiften Lösungen, welche die neuere Rechtsprechung für die praktisch immer dringlicher werdende Abgeltung von Gebrauchs- und Veräußerungsvorteilen gefunden hat, die dem Betroffenen durch den deliktischen Eingriff eines Dritten entgangen sind. Hierher gehört die Anerkennung eines Schadens aus der zeitweiligen Entbehrung der Reisegarderobe[842] und ebenso eines Schadens aus der Entwertung eines Wohngrundstücks durch störende Einwirkungen des Nachbarn[843] oder aus einer Beschädigung des Hauses[844] unabhängig davon ob der Eigentümer das Haus hätte verkaufen oder vermieten können oder ob er es selbst weiter bewohnt hat; denn dabei geht es richtig gesehen nicht um einen Vermögensschaden, sondern um einen gegenstandsbezogenen, hier also sachbezogenen - und damit ebenfalls materiellen - Güterschaden. Hierher zählt insbesondere aber auch die dem Betroffenen von der Judikatur zugestandene Befugnis, den merkantilen Minder-

840) Der leider ebenso uneinheitliche wie unglückliche Sprachgebrauch erfordert eine Klarstellung: Rechnerisch "abstrakter" Schaden ist soviel wie subjektiver Schaden. Die "abstrakte" Schadensberechnung dagegen zielt auf den "konkreten" oder objektiven Schaden, im Gegensatz zur "konkreten" Schadensberechnung also nicht auf den "abstrakten" oder subjektiven Schaden.

841) Oben zu Note 252 bis 263.

842) BGH NJW 1956, 1234 f.

843) BGH NJW 1963, 2020 f. (oben Note 258, 261 und 828).

844) BGH NJW 1967, 1803 f. (oben Note 828).

wert eines Unfallfahrzeugs selbst dann in Rechnung zu stellen, wenn er den reparierten Wagen nicht veräußert, sondern weiterbenutzt[845], einen "Reservehaltungsschaden" auch dann zu liquidieren, wenn er für das ausgefallene Fahrzeug vorsorglich schon von langer Hand ein Ersatzfahrzeug bereitgestellt hatte[846], oder schließlich, einen Nutzungsverlust auch dann geltend zu machen, wenn er für die Zeit der Reparatur seines Wagens einen Ersatzwagen anzumieten keinen Anlaß gesehen hat[847]. Mochte die Rechtsprechung bis in die neuere Zeit hinein noch so bemüht gewesen sein, solche Schäden in "wirtschaftlicher" Auslegung auf der Basis des Vermögens des Betroffenen zu substantiieren[848], mußte dieses Beginnen im Grunde genommen doch immer wieder scheitern, da es hier in Wahrheit nicht um den subjektiven Schaden, sondern um den sachbezogenen und damit ebenfalls materiellen, objektiven Schaden geht. Gerade auch an diesen Sachverhalten offenbart sich die von der Kritik an der Rechtsprechung[849] zutreffend hervorgehobene Unzulänglichkeit der zu einem "einheitlichen" Schadensbegriff verabsolutierten Differenzhypothese sogar besonders deutlich.

Inzwischen ist jedoch auch dem Bundesgerichtshof der Durchbruch gelungen: Um einen Schadensersatz wegen entgangener Nutzung auch für den Fall zu rechtfertigen, daß während der Reparatur des Unfallwagens kein Ersatzwagen gemietet worden ist, und um dem Betroffenen einen Schadensersatz wegen merkantilen Minderwerts auch dann nicht zu versagen, wenn das Unfallfahrzeug weiterbenutzt wird, lehnt sich das Gericht jetzt bewußt an die moderne, subjektiven und objektiven Schaden unterscheidende Lehre an[850]. Dabei wird ausdrücklich fest-

845) BGHZ 55, 396 ff.; ebenso etwa wieder BGH NJW 1967, 552 f.
846) BGHZ 52, 280 ff.; BGH NJW 1966, 589 f.
847) BGHZ 40, 345 ff.; 45, 212 ff. (oben Note 259).
848) In diesem Sinne etwa BGHZ 40, 347/8.
849) So insbesondere Nörr, Böttcher, Niederländer und Bydlinski (oben Note 835).
850) BGHZ 45, 212 ff. (oben Note 259 und 847) für den Nutzungsverlust; BGH NJW 1967, 552 f. (oben Note 845) für den merkantilen Minderwert.

gestellt, daß der Differenzbegriff zwar bei der Ermittlung allgemeiner Vermögensschäden sehr wohl seinen Dienst tue, daß einer solchen rechnerischen Differenzbetrachtung jedoch bei konkreter Beeinträchtigung einzelner Vermögensgüter Grenzen gesetzt seien. Dies könne zur Anerkennung eines selbständigen "realen Schadens an einem konkreten Vermögensgut" auch dann führen, wenn die das Gesamtvermögen erfassende Differenzrechnung eine Minderung dieses Vermögens nicht ergibt[851].

c) Hiernach darf man trotz allen noch vorherrschenden Zögerns, diese verschiedenen Ansätze bewußt zusammenzufassen und zu verallgemeinern, den Begriff des von einem weitergehenden subjektiven Schaden unabhängigen objektiven Schadens bei aller Vorläufigkeit des Ergebnisses heute als solchen doch bereits für gesichert halten. Daß dieser Begriff einstweilen nicht auch schon in all seinen Einzelheiten geklärt ist, braucht uns im folgenden nicht zu interessieren.

3. Wohl aber bleibt noch seine über das Schadensrecht für sich genommen hinausreichende Bedeutung für das Bereicherungsrecht klarzustellen: So richtig die Loslösung der Bereicherungshaftung von der Voraussetzung eines als Vermögenseinbuße verstandenen, subjektiven Schadens auch ist, so ist damit doch weder für die Leistungs- noch für die Eingriffskondiktion das Erfordernis einer Entreicherung des Kondizenten hinfällig geworden. Nur handelt es sich bei dieser Entreicherung in Wahrheit um eine Gütereinbuße, nämlich um den nicht vermögens-, sondern gegenstandsbezogenen objektiven Schaden. Darum hat es sachlich durchaus seine Richtigkeit, wenn das Tatbestandsmerkmal des Erlangens "auf Kosten eines anderen" in § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB von manchen Vertretern der modernen Bereicherungstheorie[852] in

---

851) BGHZ 45, 218 - vgl. dagegen zum gleichen Sachverhalt noch BGHZ 40, 347/8 (oben Note 848); BGH NJW 1967, 553.
Siehe aber auch schon BGH JZ 1960, 409 (410): Schaden ist mindestens der objektive Wert der zerstörten Sache.

852) So namentlich Larenz, Schuldrecht II § 62 II. Ebenso etwa auch wieder Baur/M. Wolf JuS 1966, 395 FN. 23.

seiner Bedeutung auch für die Leistungskondiktion noch nachdrücklich verteidigt, also auch insoweit nicht abgeschwächt und erst recht nicht sogar als überhaupt funktionslos und überflüssig abgetan wird[853]. Und aus demselben Grunde weist dieses Kriterium sowohl bei der Eingriffskondiktion als auch bei der Leistungskondiktion nicht allein auf die Grundlage des Anspruchs in einem Recht des Betroffenen, nach dessen Zuweisung die Bereicherung dem Dritten nicht gebührt[854]. Das Erlangen des Dritten "auf Kosten eines anderen" beinhaltet vielmehr für beide Ansprüche zwangsläufig immer zugleich auch die Aussage über das Erfordernis einer Substanzeinbuße im Sinne eines objektiven Schadens des Betroffenen. So wenig die Bereicherungshaftung auf einen Schaden des Gläubigers zielt, sondern eine Bereicherung des Schuldners abzuschöpfen bestimmt ist[855], so setzt sie doch einen objektiven Schaden, eine objektive Entreicherung des Gläubigers notwendig voraus.

2. Bereicherung.

Läßt sich die Neigung, vom Dogma der Vermögensverschiebung als Voraussetzung der Bereicherungshaftung Abstand zu gewinnen, hinsichtlich der Entreicherung des einen Teils darauf zurückführen, daß hier statt des subjektiven in Wahrheit der objektive Schaden im Spiel ist, so wird man entsprechend auch den Begriff der Bereicherung des anderen Teils einer kritischen Betrachtung zu unterziehen haben. Dies um so mehr, als heute, wie bereits gesagt, vereinzelt sogar schon ein Vermögenszuwachs des Haftenden als entbehrlich angesehen wird. Denn wenn man es auch dann überhaupt noch mit einer Bereicherungshaftung zu tun haben soll, kann dies nur auf einen Wandel auch des Bereicherungsbegriffs deuten.

1. Kehren wir wieder zu den schon angeführten Beispielen zurück und fassen wir den Sachverhalt diesmal statt vom Bereicherungs-

853) So aber bezüglich der Leistungskondiktion andere; oben Seite 11 zu Note 19 und Seite 22/3 zu Note 48 und 49.
854) Wie dies für die Eingriffskondiktion von der herrschenden Ansicht vertreten wird; oben Seite 23 zu Note 50. Darüber, daß für die Leistungskondiktion nichts anderes gilt, insbesondere auch schon oben zu Note 230 und Note 262/3.
855) Dazu oben Seite 23 bei Note 51.

gläubiger umgekehrt vom Bereicherungsschuldner her ins Auge. Der Käufer der Ware, der sie übereignet erhalten hat, der Kreditgeber, der sie sich hat verpfänden lassen, und auch der Dieb, der sie gestohlen hat, ist um die vom Eigentümer verlorene Herrschaftsmacht über die Sache bereichert. Dasselbe gilt für den als neuer Eigentümer oder als Pächter zum Besitz berechtigten und den als unbefugter Eindringling nichtberechtigten Besitzer des Grundstücks. Und in Entsprechung hierzu ist der Bauherr, mag der Unternehmer ihm mit eigenem Material geleistet haben oder mag zu dem Bau einem anderen Eigentümer gehöriges Material ohne dessen Wissen verwendet worden sein, um den Wert des verbauten Materials bereichert, der an die Stelle der vom bisherigen Eigentümer des Materials verlorenen Sachherrschaft getreten ist.

Will man dennoch diese auf Kosten des Eigentümers eingetretene Bereicherung eines Dritten und mit ihr die hier zur Entstehung gelangenden allgemeinen oder besonderen Leistungs- bzw. Eingriffskondiktionen in Abrede stellen, muß man auch insoweit erst wieder auf eine nicht gegenstands-, sondern vermögensbezogene Betrachtungsweise überwechseln: So ist ohne weiteres möglich, daß sich die Ware als fehlerhaft erweist und darum weder dem auf einen Weiterverkauf bedachten Käufer noch als Kreditgrundlage dem Pfandgläubiger noch auch dem Dieb zu irgend etwas nütze ist. Ebenso läßt sich denken, daß das aufgelassene, verpachtete oder entzogene Grundstück wegen ungünstiger Bodenbeschaffenheit oder ständiger Gefährdung durch Hochwasser tatsächlich nicht zu bewirtschaften und darum praktisch wertlos ist, oder, daß sich das verbaute Material nachträglich als für den ihm zugewiesenen Zweck ungeeignet herausstellt und deshalb wieder ausgewechselt werden muß. Darüber hinaus hat man im Falle eines Erwerbs der Bereicherung durch Veräußerung oder Ausübungsüberlassung des Eigentums im besonderen natürlich auch in Betracht zu ziehen, daß der Dritte in aller Regel dem Eigentümer ein seinen Vermögenszuwachs wieder abtragendes Entgelt entrichten muß, also einen Kaufpreis oder Pachtzins bezahlt und als Bauherr die Materialkosten in Rechnung gestellt bekommt. Jedoch auch unabhängig von einem unter Umständen bei der Entrichtung eines solchen Entgelts gemachten schlechten Geschäft

kann der Dritte bei vermögensbezogener Betrachtungsweise sowohl als Empfänger einer Zuwendung vom Eigentümer als auch als Verletzer des Eigentums nicht nur nicht bereichert, sondern darüber hinaus infolge des Zuwachses auf seiner Seite im Ergebnis sogar - und unter Umständen selbst recht erheblich - geschädigt sein: So etwa dann, wenn das nicht zu bewirtschaftende Grundstück überdies noch Unterhaltungskosten fordert, die aus ihm nicht herauszuholen sind, oder wenn die Auswechslung des Baumaterials Summen verschlingt, die seinen Wert bei weitem übersteigen.

Trotzdem kann darum natürlich der Käufer der Ware, ihr Pfandnehmer oder ihr Dieb, und ebenso der Ersteher, Pächter oder bloße Okkupant des Grundstücks, kurzum der berechtigte oder nichtberechtigte Besitzer der Sache sich gegenüber dem Eigentümer oder bisherigen Eigentümer der Haftung mit der Opfer- oder Eingriffskondiktion nicht durch den Hinweis darauf entziehen, er sei durch das Erlangte überhaupt nicht bereichert oder sogar noch geschädigt. Und auch für den Bauherrn kann nichts anderes gelten, mag er nun den Materialwert leistungs- oder eingriffsweise, durch eine Verwertungsleistung des Unternehmers oder durch einen Verwertungseingriff in das Recht eines sonstigen Materialeigentümers erlangt haben. Dieses Ergebnis ist nur damit zu erklären, daß es sich bei der in Wahrheit auch hier überall vorhandenen, auf Kosten des Eigentümers erlangten Bereicherung des Dritten nicht um einen Zuwachs in dessen Vermögen handelt, sondern um einen an dem vom Eigentümer verlorenen Gegenstand orientierten Güterzuwachs in Gestalt der Herrschaftsmacht über eine Sache oder des durch deren Verwertung freigesetzten Sachwertes. Da die Bereicherungshaftung nicht im gesamten Vermögen, sondern in einem einzelnen subjektiven Recht des Betroffenen gründet, läßt sich das richtige Verständnis der Bereicherung ebenso wie dasjenige der ihr vorausgesetzten Entreicherung nicht in vermögensbezogener, sondern nur in gegenstandsbezogener Betrachtung gewinnen.

2. Sofern nun die bereicherungsrechtliche Ausgleichspflicht in der gegenüber §§ 812 ff. BGB verselbständigten Haftung mit einer besonderen Opferkondiktion (§§ 346, 556, 581 Abs. 2, 604, 607, 695, 1055, 1223 BGB usf.) oder mit der in der Vindikation (§ 985 BGB) gelegenen

besonderen Eingriffskondiktion besteht, kann diese These gar nicht zweifelhaft sein. Insoweit stand vielmehr schon immer fest, daß sich die Erstattungspflicht des Schuldners inhaltlich statt an seinem Vermögen an dem orientiert, was er leistungs- oder eingriffsweise vom Gläubiger des Anspruchs erlangt hat. Mag hier also der systematisch gesehen bereicherungsrechtliche Charakter der Haftung auch noch nicht ins Bewußtsein gehoben gewesen sein, in der Sache jedenfalls hat man sich von jeher daran gehalten, daß es insoweit nicht um eine auf das Vermögen des Schuldners ausgerichtete, rechnerisch abstrakte oder subjektive Bereicherung, sondern wegen ihrer Ableitung aus einem subjektiven Recht des Gläubigers gegenstandsbezogen zu ermittelnde und dementsprechend nur wieder im Erlangten zu findende, konkrete oder objektive Bereicherung des Schuldners geht - eine Bereicherung, die notwendig eine ebenso nicht vermögens-, sondern gegenstandsbezogene und einen objektiven Schaden bildende, objektive Entreicherung des Gläubigers voraussetzt. Demgegenüber muß sich ein solcher statt als Vermögenszuwachs als Güterzuwachs gefaßter Begriff der Bereicherung mit der herrschenden Meinung dort stoßen, wo es um das Anwendungsfeld der allgemeinen Bereicherungshaftung und nur in dieser Verengung als Bereicherungshaftung überhaupt erfaßten Haftung selbst geht.

a) Denn nicht nur die Rechtsprechung, sondern auch der ganz überwiegende Teil des Schrifttums folgt auch heute noch der wiederum im Anschluß an den Stand der Entwicklung im ausgehenden gemeinen Recht zu sehenden und regelmäßig aus § 818 Abs. 3 BGB herausgelesenen subjektiven Grundauffassung des Gesetzgebers in dieser Frage[856]. Danach besteht die Bereicherung des Dritten in der zu seinen Gunsten ausfallenden Differenz zwischen der infolge des bereichernden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage und derjenigen Vermögenslage, wie sie sich ohne dieses Ereignis für ihn ergeben würde: Eine Auffassung, welche die Bereicherung im Grundsatz als einen abstrakten

856) Zur Entwicklung eingehend Flume, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift für Hans Niedermeyer (1953) 103 ff.

und je nach der weiteren Entwicklung im Anschluß an den bereichernden Vorgang gleitenden Wertsaldo betrachtet, der erst mit dem Eintritt der "Verschärfung der Haftung" nach §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB endgültig fixiert wird[857]. Die mit dieser, vor allem auch auf eine Verrechnung von Zuwendung und Gegenzuwendung bei Austauschgeschäften zugeschnittenen "Saldotheorie"[858] zum subjektiven Schadensbegriff gezogene Analogie ist evident[859]. Sie wird vollends sogar dahin durchgeführt, daß die als Zuwachs im Vermögen des Dritten verstandene, wennschon vielfach, und auch dann oft gewaltsam genug, nur mittels der Annahme einer Ersparnis von Ausgaben überhaupt erst auf die Basis dieses Vermögens projizierbare Bereicherung ebenfalls nicht als streng rechtlicher, sondern als wirtschaftlicher Begriff zu betrachten sein soll[860].

Dementgegen fehlt es nun jedoch auch hier nicht an Ansätzen, die zutreffend in die Richtung des objektiven Bereicherungsbegriffs weisen. Im Schrifttum betonen namentlich Larenz[861] und Esser[862], daß das Gesetz - ohne dabei zwischen Leistungs- und Eingriffskondik-

857) Für die klassische Theorie vor allem: v. Mayr, Bereicherungsanspruch 110 ff., 192 ff., 589 ff.; H.A. Fischer, Bereicherung und Schaden, Festschrift für Ernst Zitelmann (1913) 3 ff., insbes. 12. Zum Schrifttum statt aller übrigen: Weintraud, Die Saldotheorie (1931), insbes. 66 ff.; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 221 I; Flume aaO 148 ff.; Jakobs, Eingriffserwerb 156 ff., 160 ff.; Rothoeft aaO 163, 218 ff.; RGRK-Scheffler, 12 vor § 812; Soergel-Siebert-Mühl, 190 zu § 812. Dieselbe Auffassung liegt der von Siber, Heck und Wolff-Raiser (oben Note 819) getroffenen Unterscheidung von "Auskehrungs"- und "Verschaffungshaftung" zugrunde.
Aus der Praxis des Reichsgerichts: RGZ 157,324 (336); 141,310 (312); 163,348 (360); 170,65 (67). Sie wird auch insoweit wieder vom Bundesgerichtshof fortgeführt; dazu vor allem: BGHZ 1, 75(81); 9, 333 (335).
Vgl. oben zu Note 828.

858) Zu dieser Verrechnung von Zuwendung und Gegenzuwendung namentlich Weintraud (vorige Note), insbes. 72 ff., 107 ff.
Vielfach hat man mit dem Begriff der Saldotheorie nur noch das Austauschgeschäft im Auge. Demgegenüber wird der Begriff hier in seiner umfassenderen ursprünglichen, auf die Erfassung des "Gegenstandes des Bereicherungsanspruchs" schlechthin bezogenen Bedeutung verwendet.

859) Sie ist - bezeichnenderweise (vgl. oben Note 828) - am konsequentesten von H.A. Fischer (oben Note 857) ausgebaut worden.

860) BGHZ 1, 82; aus dem neueren Schrifttum vor allem Rothoeft (oben Note 857). Vgl. oben zu Note 829.

861) Schuldrecht II § 64 I und II.

862) Schuldrecht §§ 198, 1 und 5; 199, 1; anders aber § 189, 8.

tion . unterscheiden - in seinem Aufbau von einem gegenständlich besti.. en Bereicherungsbegriff ausgeht, und daß man darum die Bereicherung nicht vom konkret Erlangten ablösen und statt dessen wieder mit einer Differenzhypothese abstrakt am Vermögen des Bereicherten messen könne[863]. Und vor allem v. Caemmerer macht darauf aufmerksam, daß die Bereicherungshaftung nach §§ 812 ff. BGB keineswegs normalerweise auf das gleitende Maß einer noch vorhandenen Bereicherung gerichtet sei. Hebe man auf § 818 Abs. 3 BGB ab, verwechsle man eine ausnahmsweise Begünstigung des gutgläubigen Empfängers mit dem tatsächlich, wie die §§ 818 Abs. 1, 2 und 4, 819 und 820 BGB erweisen würden, auf das Erlangte oder seinen Wert zielenden normalen Anspruchsinhalt[864].

Der Gedanke, daß der herrschenden Ansicht hier eine Verwechslung von Regel und Ausnahme unterläuft, ist richtig. Denn von der Sache und nicht von der Beweislage her gesehen - und allein darauf kann es ankommen - stellt die Vorschrift des § 818 Abs. 3 BGB gerade ein besonderes Privileg gegenüber der gewöhnlichen Verantwortlichkeit des Schuldners im Rahmen der Bereicherungshaftung dar[865]. Nur bewegt sich dieses Privileg, wie wir gesehen haben, bereits in der Ebene der auf den primären Bereicherungsanspruch folgenden deliktsrechtlichen Sekundärhaftung. Für die bereicherungsrechtliche Primärhaftung als solche dagegen sind allein §§ 812 Abs. 1 Satz 1 und 818 Abs. 2 Fall 1 BGB maßgeblich. Freilich ist hierbei der Gesetzeswortlaut genauer noch in dem Sinne zu verstehen, daß es nicht um das Erlangte (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB: "etwas erlangt") oder den erst an die Stelle dieses Erlangten rückenden Wert (§ 818 Abs. 2 Fall 1 BGB: "Wert des Erlangten") geht. Vielmehr geht es um die erlangte Herrschaftsmacht über einen Gegenstand, beim Eigentumsrecht also um die Herrschaftsmacht über eine Sache, oder aber um den ebenfalls a prio i erlangten Wert des Gegenstandes, wiederum für das Eigentumsrecht ausgedrückt

863) Im gleichen Sinne etwa auch schon Wilburg, Bereicherung 142/3 und wieder AcP 163, 351.
864) Festschr. Rabel I 368 und dort FN. 136 (vgl. aber auch 385); zustimmend Larenz, Schuldrecht II § 64 II (393). Oben Note 720.
865) Dazu wieder schon oben Note 720. Vgl. auch zur entsprechenden Fragestellung bei § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB oben Note 738.

also um den Sachwert. Demgemäß ist für den ersteren Fall ein Herausgabeanspruch vorgesehen, und darum liegt in der Behauptung, die Bereicherung sei in Wirklichkeit auch hier "von der Gegenständlichkeit des indebito-Erwerbs gelöst" und "in erster Linie auf das Vermögen des Empfängers abgestellt"[866], eine unabhängig von den Vorstellungen der Väter des Gesetzes für das heute geltende Recht durch nichts zu legitimierende Verkehrung des Wortlauts von § 812 Abs. 1 BGB. Von einer im Wege einer Saldierung aus einem abstrakten Rechnungsbetrag gewonnenen Wertschuld kann hier keine Rede sein. Aber auch im Fall einer Verwertungsbereicherung ermittelt sich der zu ersetzende Wert nicht aus einer solchen Vermögensrechnung, sondern aus dem gemeinen Wert des verwerteten Gegenstandes. Etwas anderes gibt § 818 Abs.2 BGB nicht her. Darum ist es nicht nur unnötig, sondern falsch, auf eine Ersparnis im Vermögen des Bereicherten abzuheben. Was dieser erlangt, ist nicht erst eine vermögensmäßige Ersparnis, sondern schon der durch die Verwertung eines Gegenstandes freigesetzte Wert[867].

b) Auch die Judikatur hat an dem auf einem Vermögenssaldo aufgebauten subjektiven Bereicherungsbegriff keineswegs uneingeschränkt festgehalten, sondern auch ihrerseits den Weg zu dessen Ablösung durch den objektiven Bereicherungsbegriff ebnen geholfen.

aa) Der objektive Bereicherungsbegriff tritt insbesondere in der unmittelbaren Verlängerung derjenigen Spielart der schon erörterten dreifachen Methode der Schadensberechnung beim deliktischen Eingriff in "Ausschlußrechte" Dritter[868] in Erscheinung, derzufolge der Betroffene seinen Schaden auch mit der Beanspruchung eines Entgelts aufmachen kann: des Entgelts nämlich, welches er bei einer entsprechenden vertraglichen Überlassung der durch den Eingriff verlorenen Herrschaftsmacht über den Gegenstand üblicherweise zu erwarten gehabt hätte, das also den durch den Eingriff erlangten gemeinen Wert des Gegenstandes in Form einer angemessenen Vergütung darstellt. Denn

866) Flume, Festschr. Niedermeyer 153 und öfter.
867) v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 381; Larenz, Schuldrecht II § 62 I b (368/9); Kleinheyer JZ 1961, 474.
868) Nachweise oben Note 836 bis 836.

wenn der Gegenstand des verletzten Rechts mit dessen Beeinträchtigung zugleich in einen Wert für den Verletzer umgesetzt worden ist, kann der Betroffene nach heute gesicherter und auch vom Schrifttum gebilligter Praxis dieselbe angemessene Vergütung, denselben gemeinen Wert vom Verletzer auch als ungerechtfertigte Bereicherung ersetzt verlangen[869].

Allerdings sind hinsichtlich des Verhältnisses, in dem hier Schadens- und Bereicherungsausgleich zueinander stehen, immer noch Unklarheiten vorhanden. Diese lassen sich aber keineswegs etwa dadurch lösen, daß man den hier maßgeblichen Modus der Schadensberechnung aus dem Schadensrecht ganz ausklammert, da man hinter ihm selbst schon nichts anderes als eine versteckte Form des Bereicherungsausgleichs sieht und ihn damit mit eben diesem ihm gegenüberstehenden Bereicherungsausgleich identifiziert[870]. Vielmehr geht es hier um den objektiven, nach § 823 Abs. 1 BGB zu ersetzenden Schaden des Verletzten auf der einen und um die nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 i. V.m. § 818 Abs. 2 Fall 1 BGB zu erstattende, ebenfalls objektive (Eingriffs-)Bereicherung des Verletzers auf der anderen Seite, also um durchaus verschiedene und darum auch klar auseinanderzuhaltende Dinge[871]. Beide stimmen freilich darin überein, daß sie sich nach dem gemeinen Wert des Gegenstandes bemessen, an welchem das beeinträchtigte Recht besteht. Dabei hat die Bereicherung des Dritten eine entsprechende Entreicherung des Betroffenen in der Gestalt des objektiven Schadens zu ihrer notwendigen Voraussetzung, während umgekehrt ein objektiver Schaden des Betroffenen nicht notwendig auch zu einer entsprechenden Bereicherung eines Dritten führen muß. Wenn

---

869) Hierzu insbesondere: BGHZ 20, 353/4 m.w.Nachw.; Mestmäcker JZ 1958, 521 ff.; Kleinheyer JZ 1961, 473 ff.

870) Das tut v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 354.

871) Wollte man auch die unglückliche Terminologie des Schadensrechts hierher abfärben lassen, müßte man dem oben Note 840 Gesagten folgend hier von einer "abstrakten" Ermittlung der gegenstandsbezogenen "konkreten" oder objektiven Bereicherung (im Gegensatz zu einer "konkreten" Ermittlung der vermögensbezogenen, rechnerisch "abstrakten" oder subjektiven Bereicherung) sprechen.

dies aber, wie häufig der Fall, tatsächlich eintritt, läßt sich von der Schadenshaftung ohne weiteres auf die Bereicherungshaftung überwechseln. Das hat sich gerade die Rechtsprechung schon darum immer wieder zunutze gemacht, weil man damit im Gegensatz zur Schadenshaftung auf die Prüfung eines Verhaltensvorwurfs gegen den Eingreifer verzichten kann[872]. Im übrigen erlaubt dieses Überwechseln auf die Bereicherungshaftung auch hier wieder den Grundsatz, daß es nicht darauf ankommt, ob der Betroffene jemals vertraglich in eine entsprechende Ausübungsüberlassung seines Rechts zur Verwertung von dessen Gegenstand durch einen Dritten eingewilligt hätte oder sein Gut auch nur für sich selbst hätte verwerten können, und daß auch ein etwa aus dem Eingriff dem Betroffenen erwachsener Vorteil unberücksichtigt bleibt. Quasikontraktliche Vorstellungen sollte man dabei jedoch nicht anklingen lassen[873]. Ein entsprechender Vertrag unter den Beteiligten ist hier nur als rein hypothetische Grundlage für die Berechnung des Erlangten bedeutsam, kann aber tatsächlich weder dem Erlangten seine Natur als Eingriffsbereicherung nehmen noch den Wertersatz zur Zahlung eines wirklichen Entgelts stempeln.

Aber auch von diesen besonderen Überlegungen abgesehen beschränkt heute die herrschende Meinung den Umfang der als Wertersatzanspruch verstandenen Eingriffskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 i. V.m. § 818 Abs. 2 Fall 1 BGB ganz allgemein auf den objektiven Wert des betroffenen Gegenstandes[874], und für die Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, Satz 2 BGB gilt nichts anderes[875]. Während also im Schadensrecht der am gemeinen Wert gemessene objektive Schaden das Minimum der Haftung darstellt und den Ersatz eines

872) In diesem Sinne ausdrücklich etwa BGHZ 20, 354/5.
873) So aber v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 357/8.
874) v. Caemmerer aaO 356 ff.; Larenz, Schuldrecht II §§ 62 II a (374 FN. 3), 64 I (392); Esser, Schuldrecht § 195, 3 a; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht § 221 II 2; Fikentscher, Schuldrecht § 99 IV 1 und 2 a; Mestmäcker JZ 1958, 523. Die Abschöpfung auch eines Übergewinns mit der Eingriffskondiktion wollen dagegen Wilburg, Bereicherung 128 ff. und AcP 163, 349 ff. sowie vor allem wieder Jakobs, Eingriffserwerb, insbes. 41 ff., 64 ff., 123 ff. zulassen.
875) Dazu für § 818 Abs. 2 BGB ohne Unterscheidung zwischen Leistungs- und Eingriffskondiktion statt aller übrigen Esser aaO § 198, 5 m.w.Nachw.

weitergehenden, subjektiven Schadens nicht ausschließt, läßt sich im Bereicherungsrecht immer nur auf den objektiven, nicht auch auf einen subjektiven Bereicherungsbegriff abstellen. Hier bildet vielmehr der gemeine Wert nicht allein das Minimum, sondern zugleich auch das Maximum der Haftung. Einen etwaigen "Übergewinn" des Dritten vermag der Betroffene daher nur nach § 687 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 667 Fall 2 BGB für sich zu beanspruchen: Also allein dann, wenn er dem Dritten nicht nur einen objektiven, bereicherungsrechtlichen Eingriff, sondern auch einen subjektiven, deliktischen Eingriff nach § 687 Abs. 2 BGB nachweist, wobei ihm die gewohnheitsrechtliche Ausweitung dieser Vorschrift auf die Fälle einer nur fahrlässigen Rechtsverletzung zustatten kommen kann. Aber dann handelt es sich eben gerade nicht mehr um die Bereicherungshaftung, sondern um eine Deliktshaftung, die durch die in die Pflicht des Dritten zur Ausfolgung seines Vorteils gekleidete, besondere Art der pauschalen Erfassung des subjektiven Schadens des Betroffenen charakterisiert ist[876]. Daneben bleibt bei deliktischem Eingriff natürlich auch der Weg, auf Grund von § 823 Abs. 1 BGB mit konkreter statt abstrakter Schadensberechnung über den Ersatz des den objektiven Schaden ausmachenden gemeinen Werts hinauszukommen und einen weitergehenden subjektiven Schaden zu liquidieren.

bb) Nicht zuletzt ist in unserem Zusammenhang aber auch der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz von Bedeutung, daß der wegen Herausgabe der Bereicherung belangte Schuldner mit dem Einwand nicht gehört wird, er würde sich bei voller Kenntnis der Sachlage nicht bereichert haben und werde daher mit einer nachträglichen Ausgleichspflicht unberechtigt in seinem Vermögen getroffen[877].

Für die Begründung der Bereicherungshaftung kommt es auf irgendein Verhalten des Schuldners überhaupt nicht an. Darum steht hinter dieser Maxime, richtig gesehen, nicht der Gedanke, der Verletzer des Rechts könne sich nicht von seinem vorherigen Verhalten einfach lossagen. Hier kommt vielmehr in viel weitergehender Bedeutung wiederum

876) Zuletzt oben bei Note 839.

877) Nachweise oben Seite 23 Note 52.

nichts anderes als das Bestreben zum Ausdruck, die materielle Bereicherung des Schuldners von einer an seinem Vermögen aufgemachten, vom konkret Erlangten abstrahierenden Rechnung zu lösen und sie statt dessen auf den Wert festzulegen, der dem Schuldner mit der Verwertung aus dem betroffenen Gegenstand des Gläubigers zugeflossen ist. Diesen Wert hat der Schuldner dem Gläubiger unabhängig davon zu erstatten, ob er sich sonst anderweitig beholfen hätte, ja auch unabhängig davon, ob ihm die Verwertung vermögensmäßig sogar zu einem Verlust ausgeschlagen ist.

Auch dieser Gedanke ist nicht unwichtig. Auf seine Stoßkraft wirft schon die Tatsache ein besonderes Licht, daß von derselben Judikatur sonst geradezu als "oberster Grundsatz des Bereicherungsrechts" postuliert wird, die Erstattungspflicht des Bereicherten dürfe keinesfalls zu einer Verminderung seines Vermögens über den Betrag der wirklichen Bereicherung - gerade: vermögensbezogenen Bereicherung - hinaus führen[878].

[illegible] [879] [illegible] [880] [illegible] nicht nur an einer Vermögenseinbuße des Betroffenen, sondern auch an einem Vermögenszuwachs des Dritten fehlt[881].

Dazu bedarf es nicht erst, wie hier geltend gemacht wird, eines mit der gewöhnlichen Opfer- oder Eingriffskondiktion nur verwandten oder jedenfalls nur in weiterem Sinne als Bereicherungsanspruch zu verstehenden, mit "gefahrüberwälzenden Kräften" noch näher zu substantiierenden "außergeschäftlichen Entgeltsanspruchs"[882]. Soweit hier tatsächlich ein Fortwirkungsanspruch aus einem subjektiven Recht abgehandelt wird, ist dieser in Wahrheit die gewöhnliche Opfer-

878) BGHZ 1, 81.
879) Oben Seite 24 Note 53.
880) Oben Seite 24 Note 54.
881) Ähnlich gelangt unter den Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB auch Jakobs zu einer Bereicherungshaftung ohne Vermögensvermehrung; oben Seite 24 Note 54.
882) Wilburg AcP 163, 358 und öfter.

oder Eingriffskondiktion selbst, die stets nicht auf ein Entgelt, sondern auf eine auf den Zuweisungsgehalt des Rechts des Betroffenen zurückzuverfolgende, objektive Bereicherung des Dritten zielt. Eine solche muß vorhanden sein, während es auf das Vermögen beider Beteiligter nicht ankommt[883].

Auch wo sich die Unzulänglichkeit des mit der Differenzhypothese gewonnenen subjektiven Bereicherungsbegriffs, der hier abgeholfen werden soll, einmal besonders empfindlich bemerkbar macht, ist man - gerade wenn zutreffend auf die Rechtsfortwirkung abgehoben wird - keineswegs genötigt, auf eine "Bereicherungshaftung ohne Bereicherung" zurückzugreifen. Denn mit der zu Recht als notwendig erkannten Befreiung der Bereicherungshaftung von der Voraussetzung einer als Vermögenszuwachs verstandenen Bereicherung des Schuldners hat es eben wiederum noch nicht sein Bewenden. Nicht die völlige Preisgabe des Erfordernisses einer Bereicherung überhaupt steht zur Debatte. Es kann nur um die gebotene Ablösung des subjektiven Bereicherungsbegriffs durch einen objektiven Bereicherungsbegriff gehen, der nicht abstrakt am Vermögen des Bereicherten orientiert ist, sondern an dem, was der Bereicherte konkret erlangt hat. Nicht ein Vermögenszuwachs ist auszugleichen. Es ist vielmehr ein Güterzuwachs zu erstatten, d.h. die Herrschaftsmacht über einen Gegenstand herauszugeben oder der Wert eines Gegenstandes zu ersetzen. Ob sich das Erlangte zugleich auch im Spiegel der Differenzrechnung per Saldo als Vermögenszuwachs erweist, ist für die Bereicherungshaftung in Wirklichkeit überhaupt nicht von Belang.

c) Nach alledem läßt sich der subjektive Bereicherungsbegriff der herrschenden Ansicht nur auf eine verfehlte Überbewertung des § 818 Abs. 3 BGB[884] zurückführen, die nicht nur im übrigen Gesetzes-

883) Das gilt auch für die Ansicht von Jakobs (Note 881): Nicht etwa kann nur das Fehlen einer Bereicherung nicht geltend gemacht werden, vielmehr ist die vorhandene, nur eben nicht subjektive, sondern objektive Bereicherung zu erstatten. Dies aber unabhängig davon, ob die Voraussetzungen der §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB vorliegen oder nicht.

884) Hierzu vor allem wieder: v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 368; Esser, Schuldrecht § 199, 1; Larenz, Schuldrecht II § 64 II (396).

text keine Stütze findet, sondern der auch mit einer dem objektiven Bereicherungsbegriff gemäßen Auslegung von § 818 Abs. 3 BGB selbst zu begegnen ist.

Insofern läßt sich zunächst schon darauf verweisen, daß von Seiten der herrschenden Auffassung mit der Behauptung, die Vorschriften der §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB würden "den am Vermögen orienten Bereicherungsanspruch auf einen gegenständlich orientierten Anspruch umschalten"[885], schon zugegeben wird, daß der subjektive Bereicherungsbegriff gar nicht konsequent durchzuhalten ist. Richtig gesehen sagen aber eben weder §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB noch § 818 Abs. 3 BGB auch nur das geringste darüber aus, was unter der ursprünglich erlangten, zu erstattenden Bereicherung zu verstehen ist. Diese Bereicherung bestimmt sich vielmehr völlig unabhängig davon, ob der Schuldner gemäß § 818 Abs. 3 BGB redlich und schutzwürdig oder gemäß §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB unredlich oder jedenfalls doch nicht schutzwürdig ist, immer nur nach § 812 Abs. 1 Satz 1 oder § 818 Abs. 2 Fall 1 BGB als die erlangte Herrschaftsmacht über einen Gegenstand oder als der erlangte Wert eines Gegenstandes[886]. Dabei kann im letzteren Fall der Wert, gleichviel ob durch Verwertungsleistung oder Verwertungseingriff erlangt, anhand des Entgelts ermittelt werden, das für eine vertragliche Überlassung der Herrschaftsmacht über den Gegenstand zu dessen Verwertung durch einen Dritten im Verkehr üblicherweise zu erzielen gewesen wäre. Das wird bei der Verwertungsleistung regelmäßig die auch tatsächlich vereinbarte Vergütung sein.

Damit ist der Saldotheorie der Boden entzogen. Dies führt auch nicht etwa bei der Rückabwicklung von Austauschgeschäften zu Schwierigkeiten, auf welche die Saldotheorie im besonderen praktisch zugeschnitten ist. Es ist längst erkannt, daß die rechnerische Saldierung von Zuwendung und Gegenzuwendung tatsächlich nichts anderes als

885) Jakobs, Eingriffserwerb 146. Vgl. oben Note 881 und 883.
886) Ebenso schon oben Note 819. Darüber, daß das Vorhandensein oder Fehlen von Redlichkeit und Schutzwürdigkeit des Bereicherungsschuldners an seiner ursprünglichen Haftung als solcher nichts ändert, auch Esser, Schuldrecht § 199, 1 und Larenz, Schuldrecht II § 64 II (395).

der unvollkommene Ausdruck für die synallagmatische Verknüpfung beider Zuwendungen ist[887], was im übrigen natürlich bei gegebenem Fall eine Aufrechnung nicht ausschließt. Dieses namentlich für die Verteilung des wirtschaftlichen Risikos bedeutsame Synallagma ist freilich nicht, wie gesagt worden ist, ein in der Ebene des Schuldverhältnisses gelegenes "faktisches" Synallagma[888]. Seine Gesetzmäßigkeiten können vielmehr ebenso wie die bereicherungsrechtliche Rückabwicklungshaftung überhaupt nur aus einem aufgeopferten subjektiven Recht zu entwickeln sein: Das hier maßgebliche "Leistungssynallagma" muß sich im Unterschied zu einem "Verpflichtungssynallagma" statt auf ein Verpflichtungsgeschäft beider Beteiligter schon auf die Leistung nur eines der beiden Beteiligten zurückverfolgen lassen. Dieser hat sein Recht dem anderen Teil aufgeopfert und erhält darum im Störungsfall, wenn der Zugriff auf die von ihm erbrachte Zuwendung versagt, ersatzweise Zugriff auf die Gegenzuwendung des Empfängers, um deren Erlangung willen er selbst geleistet hat[889]. Jedenfalls aber hat dieses Leistungssynallagma als solches mit der Differenzhypothese tatsächlich überhaupt nichts zu tun. Das wird denn wenigstens im Ergebnis auch von der Rechtsprechung anerkannt, wenn auch

---

887) Hierzu vor allem v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 384 ff., insbes. 386; Larenz aaO (395/6); Esser aaO 4 b; sowie eingehend Leser, Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, Diss. Freiburg 1956, insbes. 49 ff.

888) So aber die in der vorigen Note Genannten.

889) Nämlich in der Weise, daß er nunmehr die Gegenzuwendung beanspruchen oder, wenn er sie (wie in aller Regel) schon empfangen hat, jedenfalls behalten darf.

Nur auf diesem Wege ist dem mit vollem Recht vor allem von Flume, Festschr. Niedermeyer 162 kritisierten Versagen der Saldotheorie aber auch der Theorie vom faktischen Synallagma, bei einer Vorleistung eines der Partner auf das Austauschverhältnis zu begegnen. Auch Flume gewährt hier dem Vorleistenden entgegen der herrschenden Ansicht einen Bereicherungsanspruch gegen den Empfänger; aaO 164 ff., insbes. 167/8. Aber seine Begründung, der Empfänger habe auch mit einer nichtigen Schuldvereinbarung die ihn bindende vermögensmäßige Entscheidung getroffen, statt des Vermögenswerts seiner Gegenzuwendung die ihm zu erbringende Zuwendung haben zu wollen, und trage daher das wirtschaftliche Risiko unabhängig davon, ob er selbst schon geleistet habe, verfängt nicht. Denn diese Willensentscheidungstheorie baut wieder auf der gerade auch von Flume nachdrücklich verfochtenen These auf, der Kondiktionsanspruch sei abstrakt am Vermögen des Empfängers orientiert; aaO sowie oben zu Note 857 und 866 - eine Auffassung, der aus den schon dargelegten Erwägungen gerade nicht gefolgt werden kann.

sie es dem mit der Eingriffskondiktion belangten Bereicherungsschuldner versagt, ein für seine Bereicherung nicht dem Bereicherungsgläubiger, sondern einem Dritten gezahltes Entgelt in Abzug zu bringen[890]. Denn die Erklärung dafür kann nur sein, daß es bei solcher Sachlage an einem Synallagma von auf Kosten des Gläubigers Erlangtem und vom Schuldner dem Dritten Hingegebenem fehlt, während eine am Vermögen des Bereicherungsschuldners aufgemachte Differenzrechnung hier den Schuldner per Saldo an sich entlasten müßte[891].

Die Vorschrift des § 818 Abs. 3 BGB hat demgegenüber für die geläuterte Auffassung, von einer Berücksichtigung des Ersatzes von Verwendungen auf einen erlangten Gegenstand abgesehen[892], allein den - hinsichtlich des Schadensersatzes wegen Verzuges der Herausgabe nach §§ 284 ff. BGB entsprechend zu ergänzenden - Sinn, einen redlichen und schutzwürdigen Bereicherungsschuldner von einer Schadensersatzpflicht wegen Unmöglichkeit der Herausgabe der erlangten Herrschaftsmacht über einen Gegenstand über §§ 275 ff. BGB hinaus zu entlasten. Unter den Voraussetzungen der Unredlichkeit oder auch trotz Redlichkeit fehlenden Schutzwürdigkeit des Herausgabeschuldners nach §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB hingegen verbleibt es bei der üblichen Unmöglichkeitshaftung - und Verzugshaftung[893]. Das ist schon

---

890) BGHZ 9, 333 (335/6); 14, 7 (9/10); aus dem Schrifttum etwa Leser 67 ff. Vgl. für die Inanspruchnahme mit der in der Vindikation gelegenen besonderen Eingriffskondiktion oben zu Note 750.

891) Dazu auch Leser aaO und v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 385/6.

892) Auch insoweit wird tatsächlich nicht "saldiert", sondern Zug um Zug gegen Ersatz der Verwendungen herausgegeben: RG HRR 1933 Nr. 997 (oben Note 600); Esser, Schuldrecht § 198, 5.

893) Zur Verdeutlichung: Wird der redliche und schutzwürdige Schuldner nicht nur bei von ihm nicht zu verantwortender, sondern auch bei durch sein an sich rechtswidriges Verhalten herbeigeführter Unmöglichkeit der Herausgabe von der sekundären Schadensersatzhaftung freigestellt, so tritt damit § 818 Abs. 3 BGB an die Stelle von sowohl § 275 BGB als auch § 280 BGB. Ist der Schuldner unredlich oder trotz seiner Redlichkeit nicht schutzwürdig, ist er bei von ihm nicht zu verantwortender Unmöglichkeit der Herausgabe über §§ 818 Abs.4, 292 BGB nach der dann § 275 BGB verdrängenden Vorschrift des § 993 Abs. 1 Halbs. 2 BGB von der Sekundärhaftung entbunden (anders Larenz, Schuldrecht II § 64 II (397), der dann § 275 BGB anwenden will); bei einer durch sein rechtswidriges Verhalten herbeigeführten Unmöglichkeit der Herausgabe dagegen haftet er nach § 989 BGB, der die Stelle von § 280 BGB einnimmt.

eingehender dargelegt worden. Damit aber ist "Wegfall" der Bereicherung, klammert man den Verwendungsersatz aus, immer nur soviel wie eine nachträgliche Unmöglichkeit der Herausgabe, bei der an die Stelle der erlangten Herrschaftsmacht über einen Gegenstand kein Surrogat tritt. Wo die erlangte Bereicherung schon von vornherein im Wert eines Gegenstandes besteht, der Bereicherungsschuldner sich also keinem Herausgabeanspruch, sondern einem Wertersatzanspruch ausgesetzt sieht, ist dementsprechend ein "Wegfall" der Bereicherung in Wahrheit überhaupt nicht möglich[894]. Der gerade von der modernen Theorie für die Interpretation des "Wegfalls" der Bereicherung in § 818 Abs. 3 BGB betonte Gedanke des Verkehrs- oder Vertrauensschutzes[895] geht also vollständig in dem von uns so bezeichneten "Schadensprivileg" auf.

Es ergibt daher, so können wir noch einmal zusammenfassen, ein völlig verkehrtes Bild, wenn man im Blick auf § 818 Abs. 3 BGB mit der noch immer gängigen Auffassung den Bereicherungsanspruch als einen Anspruch betrachtet, der im Grundsatz auf einen gleitenden und erst mit dem Eintritt einer "Verschärfung der Haftung" nach §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB endgültig fixierten Wertsaldo gerichtet ist. Denn damit werden nicht nur Regel- und Ausnahmetatbestand verwechselt, sondern vor allem auch Primär- und Sekundärhaftung miteinander vermengt. Die auf Herausgabe der Herrschaftsmacht über einen Gegenstand oder auf Ersatz des Wertes eines Gegenstandes gerichtete bereicherungsrechtliche Primärhaftung nach §§ 812 Abs. 1 und 818 Abs. 2 BGB bleibt sich

894) Dies wäre - um die in der vorigen Note angestellten Vergleiche zu vervollständigen - der Gedanke des § 279 BGB.
Daß man damit keineswegs eine unverbrüchliche Notwendigkeit der Bereicherungshaftung als solcher tangiert, zeigt schon ein Blick auf die entsprechende Behandlung dieser Frage im österreichischen Recht, das insoweit auf dieselben historischen Vorbilder zurückgeht: Nach § 1041 ABGB bleibt der Wertersatzanspruch auch dann erhalten, wenn "der Nutzen in der Folge vereitelt worden ist". Damit ist auch dem praktischen Bedürfnis genügt, das Fortbestehen einer Bereicherung nicht unbegrenzt verfolgen zu müssen; dazu Wilburg AcP 163, 352. Demgegenüber ergibt sich die gegenteilige Auffassung der herrschenden Meinung zum deutschen Recht nicht zwingend aus dem Gesetz. Gewiß hat dem Gesetzgeber die hier geforderte Beschränkung des möglichen "Wegfalls" der Bereicherung auf eine Herausgabeschuld allein nicht vorgeschwebt. Jedenfalls aber ist die nähere Bestimmung dieses Wegfalls bewußt Wissenschaft und Praxis überlassen worden; Mot. II 837/8, Prot. II 702 ff.

895) So vor allem Larenz, Schuldrecht II § 64 II (394) und Esser, Schuldrecht § 199, 3. Vgl. im übrigen schon oben Note 719.

in ihrem Inhalt ohne Rücksicht darauf immer gleich, ob der Schuldner bezüglich seiner Herausgabepflicht gegenüber dem Gläubiger gemäß § 818 Abs. 3 BGB redlich und schutzwürdig oder aber nach §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB unredlich oder doch nicht schutzwürdig ist. Etwas anderes ist, daß er für ein an sich rechtswidriges Verhalten, mit dem er die Herausgabe der Bereicherung verzögert oder unmöglich macht, nur im Falle seiner Unredlichkeit oder trotz Redlichkeit fehlenden Schutzwürdigkeit mit einer inhaltlich auf Schadensersatz gerichteten Sekundärhaftung verantwortlich gemacht wird. Aber darin liegt keine Verschärfung, sondern beim Verzug eine Ergänzung und bei der Unmöglichkeit eine Ersetzung der auf die Bereicherung gerichteten ursprünglichen Haftung durch eine andere[896]. Dementsprechend kann auch keine Rede von einer unter denselben Voraussetzungen eintretenden Fixierung des zunächst gleitenden Umfang-s der Bereicherung sein. Auch über den Umfang der Bereicherung als solcher sagen weder § 818 Abs. 3 BGB noch §§ 818 Abs. 4, 819, 820 BGB irgend etwa aus. Die sich vielmehr in ihrem Umfang ebenfalls allein nach §§ 812 Abs.1 und 818 Abs. 2 BGB bestimmende Bereicherung steht schon im Zeitpunkt der Leistung oder des Eingriffs, welche die Haftung auslösen, als das Erlangte fest. Andererseits kann auch der unredliche oder jedenfalls nicht schutzwürdige Bereicherungsschuldner noch von jeder Haftung gegenüber dem Gläubiger frei werden, wenn er die nachträgliche Unmöglichkeit der Herausgabe nicht zu vertreten hat[897].

3. Erst wenn man einmal auch im Rahmen der §§ 812 ff. BGB den vermögensbezogenen subjektiven Bereicherungsbegriff überwunden und den allein gültigen gegenstandsbezogenen objektiven, auf das Eigentumsrecht gesehen also sachbezogenen Bereicherungsbegriff freigelegt hat, ist der allgemeinen Bereicherungshaftung die ihr immer wieder angehängte Aura einer im ganz besonderem Maße unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit stehenden Haftung[898] von darum freilich minderer Schlagkraft[899] oder auch einer Haftung von anderer oder sogar höherer

896) So schon oben Note 819.
897) Dazu oben Note 893.
898) So beispielsweise BGHZ 36,232 (235): "Die Bereicherungsansprüche gehören dem Billigkeitsrecht an und stehen daher in besonderem Maße unter dem Grundsatz von Treu und Glauben."
899) Hierzu etwa Ulkentscher, Schuldrecht § 100 VI (vor 1): Die Beschränkung des Bereicherungsanspruchs nach § 818 Abs. 3 BGB kennzeichne ihn "als einen Anspruch von wirtschaftlich minderer Qualität als die üblichen vertraglichen, deliktischen und sachenrechtlichen Ansprüche."

Dignität[900] endgültig genommen[901]. Und vor allem erst dann vermag der subjektive Bereicherungsbegriff auch nicht länger den Blick auf die Systemzusammenhänge zu verstellen, die sich von der allgemeinen Bereicherungshaftung zur Haftung mit den besonderen Opferkondiktionen nach der einen und zu der Haftung mit der Vindikation als besonderer Eingriffskondiktion nach der anderen Seite hin eröffnen. Nur so kann insbesondere die sachgerechte Einordnung der bloß vermeintlich ganz anders gearteten Vindikationshaftung mit ihren Sondervorschriften in das Gesamtgefüge unserer zivilrechtlichen Ansprüche gelingen, in dem sie bislang wie ein erratischer Block zu stehen kommt, um Rechtsprechung und Lehre bis auf den heutigen Tag in immer wieder neue Verlegenheiten zu stürzen[902]. Denn wir haben es hier überall mit einer nicht als Vermögenszuwachs zu verstehenden, abstrakt am Vermögen zu messenden, subjektiven, sondern mit einem als Güterzuwachs zu verstehenden, auf das konkret Erlangte abgestellten objektiven Bereicherung des Schuldners zu tun; eine Bereicherung, welche die genaue Entsprechung zu der ihr notwendig vorausgesetzten Entreicherung des Gläubigers nicht im subjektiven Sinne eines Vermögensschadens, einer Vermögenseinbuße, sondern im objektiven Sinne eines Güterschadens, einer Gütereinbuße darstellt.

3. Güterverschiebung. Grundgedanke der Rechtsfortwirkung.

Wenn also unser Befund, daß es sich sowohl bei der Leistungs- als auch bei der Eingriffsbereicherung des Schuldners stets und aus-

900) Das hat vor allem in der älteren Lehre eine Rolle gespielt; darüber Wilburg, Bereicherung 18 ff.

901) Gegen derartige Vorstellungen vor allem auch Wilburg aaO selbst sowie v. Caemmerer, Festschr. Rabel I 338/9.

902) Als ein Beispiel für das eingefleischte Vorurteil über die angebliche "Andersartigkeit" der Vindikationshaftung mag neuerdings etwa auch wieder die mit Selbstverständlichkeit hingeworfene Behauptung von Larenz, Allgemeiner Teil § 20 IV 4 (273/4) dienen, die wegen der von Larenz anderweit eingenommenen Position in der Bestimmung des Begriffs der Bereicherung (oben zu Note 861, 864, 884 und 886) nur um so bemerkenswerter ist: Danach folgen der "dingliche Herausgabeanspruch" nach § 985 BGB und die "Besitzkondiktion" nach § 812 BGB jeweils ihren "eigenen Regeln, sie decken sich auch inhaltlich nicht."

nahmslos um einen aus einem subjektiven Recht des Gläubigers abgeleiteten, derivativ erlangten Erwerb handelt, dem Anschein nach mit der modernen Tendenz, das Dogma der Vermögensverschiebung immer weiter abzubauen, nicht harmoniert, so ist doch ein solcher Widerspruch in Wirklichkeit gar nicht vorhanden. Denn was Rechtsprechung und Lehre insoweit herausgearbeitet haben, mündet nur in die richtige Erkenntnis, daß es auf eine Vermögenseinbuße des Betroffenen auf der einen, ja auch auf einen Vermögenszuwachs des Dritten auf der anderen Seite tatsächlich überhaupt nicht ankommt. Nur bleibt nach diesem ersten Schritt auf dem richtigen Wege auch noch der zweite zu tun, dessen Erforderlichkeit freilich erst mit der folgerichtigen Entwicklung der Bereicherungsansprüche aus einem übertragenen oder verletzten Recht, das durch sie als dasselbe Recht oder in einem neuen Recht fortwirkt, voll sichtbar wird: Die von der klassischen Doktrin geforderte strenge Entsprechung von Entreicherung und Bereicherung ist über dem Wandel in der modernen Anschauung in Wahrheit uneingeschränkt, wenn auch in dem ganz anderen Sinne erhalten geblieben, daß tatsächlich einer Güterminbuße des einen Teils ein Güterzuwachs des anderen Teils gegenübersteht; an die Stelle einer Vermögensverschiebung ist eine Güterverschiebung zu setzen. Es gilt also nicht einer Auflösung oder auch nur einer Auflockerung der Verknüpfung von Nachteil und Vorteil das Wort zu reden, sondern das gültige Verständnis dessen zu gewinnen, was unter Entreicherung und Bereicherung eigentlich zu begreifen ist.

1. Immer geht es dabei um denselben elementaren Sachverhalt: Der Berechtigte verliert den in der Herrschaftsmacht über einen Gegenstand bestehenden Zuweisungsgehalt seines subjektiven Rechts, in dem mit den Worten des Bundesgerichtshofs das "Leistungspotential"[903] des Rechts zusammengefaßt ist, und dieser Zuweisungsgehalt fällt entweder in seiner ursprünglichen Gestalt oder in der Gestalt des Wertes des Gegenstandes, der mit dessen Verwertung freigesetzt worden ist, einem Dritten zu.

a) Wie am Eigentumsrecht im einzelnen schon zu entwickeln war, kann dies in der Weise geschehen, daß der Eigentümer den Zuweisungs-

903) BGHZ 45, 212 (216); oben Note 259.

gehalt seines Rechts, die Herrschaftsmacht über die ihm gehörige Sache, voll einbüßt: Die Sache wird übereignet, verpachtet oder verpfändet oder gestohlen; sie wird vom Eigentümer für einen Dritten oder von diesem ohne den Willen des Eigentümers für sich selbst einer vollständigen Verwertung durch Verbrauch, Verbindung, Vermischung oder Verarbeitung zugeführt. Dann kann der Empfänger der Zuwendung mit der allgemeinen oder mit einer besonderen Opferkondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 und Satz 2 bzw. § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 und Satz 2 je i.V.m. § 818 Abs. 2 Fall 1 ; §§ 346, 556, 581 Abs. 2, 604, 607, 695, 1055, 1223 BGB usf.), der Verletzer des Rechts mit der allgemeinen oder mit der besonderen Eingriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 i.V.m. § 818 Abs. 2 Fall 1; § 985 BGB) auf die Herausgabe der vollen Herrschaftsmacht über die Sache, den Ersatz des vollen Wertes der Sache in Anspruch genommen werden.

b) Um nichts grundsätzlich anderes handelt es sich aber auch, wie nun noch kurz zu ergänzen ist, in den Fällen, wo der Eigentümer die Herrschaftsmacht über die Sache nicht vollständig verliert, in ihr jedoch teilweise zum Vorteil eines Dritten eingeschränkt wird. Dabei kann diesem Dritten der vom Eigentümer eingebüßte Teil der Sachherrschaft wieder als solcher oder als der insoweit an die Stelle der Sachherrschaft getretene Wert der Sache zufallen.

aa) So verhält es sich beispielsweise dann, wenn von einem Grundstück eine Parzelle abgetrennt und veräußert wird. Und so liegt es, um dies im Anschluß an eine vielerörterte Entscheidung des Reichsgerichts[904] noch weiter zu verdeutlichen, auch dann, wenn etwa dem Eigentümer eines Industriegleises einem an dieses ebenfalls angeschlossenen benachbarten Unternehmer gestattet, mit der Bahn bezogene Rohstoffe auf seinem Grundstück zu entladen, oder wenn der Nachbar die Güterwagen ohne die Erlaubnis des Eigentümers auf dem Grundstück entlädt. Entsprechendes gilt, wenn das Gleis mit oder ohne Einverständnis des Eigentümers für die Zufuhr zum Werk des Nachbarn benutzt wird, wenn also von dem Grundstück zum Zweck der Überfahrt für

904) RGZ 97, 310 ff.

den Nachbarn Gebrauch gemacht wird; ja sogar - wie schon behandelt - auch dann, wenn dem Nachbarn mit oder ohne Willen des Eigentümers zugute kommt, daß das Gleis nicht benutzt wird, daß also von dem Grundstück gerade kein Gebrauch gemacht wird[905]. Auch bei solcher Sachlage ist der Dritte wieder der allgemeinen oder einer besonderen, auf die Herausgabe der erlangten Herrschaftsmacht über die Sache oder den Ersatz des erlangten Sachwerts gerichteten Opfer- bzw. Eingriffskondiktion des Eigentümers ausgesetzt, die ihrem Umfang nach hier nun freilich nur einen Ausschnitt dessen umschließt, was im Fall des vollständigen Verlusts der Sachherrschaft zu erstatten ist[906].

bb) Betrachten wir das zunächst für die Opfersicherung mit einer Opferkondiktion.

Wird ein Teil des Eigentumsrechts an dem Grundstück durch Abtrennung einer Parzelle veräußert, erlangt der Erwerber die Herrschaftsmacht über diesen Teil des bisher einheitlichen Grundstücks zu unbeschränkt dinglichem Eigentumsrecht. Wird dem Nachbarn im Wege der Ausübungsüberlassung des Eigentumsrechts erlaubt, die Güterwagen auf dem Grundstück zu entladen, erlangt er einen Teil der Herrschaftsmacht über das Grundstück zu sei es nur persönlichem oder sei es auch, wie bei der Bestellung einer entsprechenden Dienstbarkeit, zu beschränkt dinglichem Drittrecht. Ein solches Drittrecht mag man dann in Anlehnung an Raape als ein "Recht zum Gebrauch" bezeichnen, um damit zum Ausdruck zu bringen, daß es nicht seiner Struktur, sondern allein seinem Umfang nach hinter einem die volle Sachherrschaft umspannenden "Recht zum Besitz" zurückbleibt[907]. Ist dem Dritten

905) Darüber und zum folgenden wieder oben bei Note 252 bis 263 sowie zuletzt bei Note 841.

906) Gemeint sind im Hinblick auf den Gebrauch oder Nichtgebrauch der Sache hier die Fälle, in denen derjenige, dem der Gebrauch oder Nichtgebrauch zugute kommt, selbst keine Sachherrschaft innehat. Der auf Wertersatz gerichtete Bereicherungsanspruch geht also nicht erst kraft Surrogation aus einem zuvor schon gegebenen, auf die Herausgabe der Sachherrschaft gerichteten Bereicherungsanspruch hervor, sondern entsteht erstmalig. Vgl. oben Note 53 und 66.

907) Raape JhJ 71,97 ff. (oben Note 290) stellt "Gebrauchsüberlassung" und "Besitzüberlassung" einander gegenüber. Allerdings ist auch der Begriff "Recht zum Besitz" schon nicht glücklich gewählt, da er sich an den Besitz statt an das subjektive Herrschaftsrecht an der Sache anlehnt; oben bei Note 413/4 .

hiernach vom Eigentümer leistungsweise ein Stück berechtigter Herrschaftsmacht über die Sache zugewendet worden, kommt wieder die schon genannte allgemeine oder besondere Opferkondiktion zum Zuge. Dabei bedeutet im Falle nicht der Veräußerung, sondern der bloßen Ausübungsüberlassung die Herausgabe dieses Stücks Sachherrschaft, auf welche der Anspruch zielt, soviel wie "Beseitigung", in unserem Beispiel also die Beseitigung des gelagerten Materials.

Als Wertersatzanspruch stellt sich dieselbe Opferkondiktion etwa dann dar, wenn der Eigentümer es übernommen hat, über sein Gleis dem Nachbarbetrieb die benötigten Rohstoffe zuzurollen, wenn er also leistungsweise von seinem Grundstück für den Nachbarn Gebrauch macht. Denn im Gebrauch einer Sache liegt immer deren teilweise Verwertung durch Verbrauch, und das aus dem "Leistungspotential" des Rechts, wie es mit der Zuweisung der Sachherrschaft dem Eigentümer zu Gebot steht, dabei freigesetzte Stück vom Wert der Sache fließt hier dem Nachbarn zu. Derselbe Wertersatzanspruch kommt aber etwa auch schon allein um deswillen in Betracht, daß der Eigentümer abredegemäß während der sich lange hinziehenden Montage hochempfindlicher Maschinen im Werk seines Nachbarn auf seinem Gleis nicht rangiert, dem Nachbarn also bewußt und gewollt zum Opfer bringt, daß er den ihm zustehenden Gebrauch seines Grundstücks unterläßt. Denn in der zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber einem Dritten bestimmten Nichtgebrauch seiner Sache liegt gleichfalls deren teilweise Verwertung durch Verbrauch für den Dritten. Auch hier geht dem Eigentümer ein Teil des Leistungspotentials seines Rechts verloren; auch hier fällt das dabei freigesetzte, entsprechende Stück des Sachwertes einem bestimmten Dritten zu, was sich in unserem Fall wirtschaftlich betrachtet für den Nachbarn in der mit dem Abkommen erstrebten Schonung seiner Maschinen niederschlägt[908]. Von einer solchen Leistung ist freilich ein ebenfalls freiwilliger, aber von keiner weiteren Zwecksetzung getragener Nichtgebrauch des Grundstücks

---

Ebenso wie in der rechtsgeschäftlichen Ausübungsüberlassung zu berechtigtem Besitz durch Übergabe der Sache liegt auch in derjenigen zu bloßem berechtigtem Gebrauch wieder eine schlichte Verfügung des Eigentümers über sein Recht.

908) Dazu im besonderen noch einmal oben bei Note 260.

zu unterscheiden, der als bloßer Verzicht zu einem Rechtsfortwirkungsanspruch auch dann nicht führt, wenn er für den Nachbarn von Vorteil ist.

cc) Entsprechend liegt es beim Eingriffsschutz mit einer Eingriffskondiktion.

Maßt sich der Nachbar dadurch einen Teil der Herrschaftsmacht über das Grundstück an, daß er seine Güterwagen unerlaubt auf diesem entlädt, rückt als Anspruch auf die Herausgabe dieses Stücks nichtberechtigter Sachherrschaft an die Stelle der Vindikation deren reduzierter "Ausschnitt" in Gestalt des Beseitigungsanspruchs nach § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB[909]; Dieser Anspruch gegen einen "Störer" bildet richtiger Ansicht nach der Vindikation gegenüber kein aliud, sondern ein bloßes minus[910]. Dementsprechend stellt auch er wieder eine gegenüber § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB verselbständigte, besondere Eingriffskondiktion dar. Entgegen der herrschenden Auffassung steht hier also keine in Parallele zum Deliktsrecht zu sehende "objektive Rechtswidrigkeit" zur Diskussion, sondern die Rechtsgrundlosigkeit einer Bereicherung; nicht anders als bei der Vindikation geht es allein um Zustands- und nicht um Verhaltensunrecht[911].

Ein ebenso durch einen objektiven Eingriff ausgelöster Wertersatzanspruch in Gestalt der allgemeinen Eingriffskondiktion ist wieder dann gegeben,wenn der Nachbar durch unbefugtes Befahren des Gleises aus dem "Leistungspotential" des Rechts am Grundstück schöpft. Denn in diesem Gebrauch des Grundstücks liegt eine teilweise Verwertung der Sache durch Sachverbrauch, bei welcher das dadurch zu Lasten des Eigentümers freigesetzte Stück vom Wert der Sache dem Nach-

909) Zu diesem vor allem Baur, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, AcP 160 (1961) 465 ff.

910) So klar schon Mot. III 423/4. Bei der negativen Abgrenzung des Beseitigungsanspruchs von der Vindikation in § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt der Ton also nicht auf der "Entziehung oder Vorenthaltung" sondern auf der mit dem "Besitz" wiedergegebenen vollen gegenüber einer nur teilweisen Sachherrschaft des Dritten, in welcher - so Mot. aaO 424 - eine "zuständliche partielle Eigentumsbeschränkung" liegt. Vgl. auch oben Note 730.

911) Sachlich übereinstimmend, wennschon von "Rechtswidrigkeit" redend, Hans Stoll, Unrechtstypen bei der Verletzung absoluter Rechte, AcP 162 (1963) 203 (220 ff.).

barn zufließt[912]. Und immer noch in Parallele zu den entsprechenden Fällen der Leistungsbereicherung ist schließlich zumindest denkbar die Pflicht zur Erstattung einer Eingriffsbereicherung auch desjenigen, der es durchzusetzen versteht, daß der Nichtgebrauch einer Sache ohne eigene Befugnis gerade ihm zugute kommt. Veranlaßt etwa der benachbarte Unternehmer unter Berufung auf ein ihm in Wahrheit nicht zustehendes Recht den Eigentümer, daß dieser das die Montage der Maschinen oder die Produktion des Nachbarn beeinträchtigende, aber in den erlaubten Gebrauch seines Grundstücks fallende Rangieren auf seinem Gleis unterläßt, kann er dem Eigentümer, von deliktsrechtlichen Schadensersatzansprüchen abgesehen, auch allein darum schon Wertersatz mit der Eingriffskondiktion schulden. Denn auch dann ist die Sache insoweit verwertet, teilweise verbraucht worden, die entsprechende Gebrauchsmöglichkeit dem Eigentümer unwiederbringlich aus dem Leistungspotential seines Rechts an dem Grundstück verlorengegangen. Voraussetzung einer Eingriffskondiktion ist allerdings weiter, daß die Untätigkeit des Eigentümers im Gegensatz zu Leistung oder Verzicht unfreiwillig war, daß also ein objektiver Eingriff vorliegt; weiter muß das aus dem Eigentum mit dem Unterlassen freigesetzte Stück vom Wert der Sache einem bestimmten Dritten, hier dem Nachbarn, zugeflossen sein. Dafür kann die unberechtigte Rechtsverwahrung des Dritten, dem es in unserem Beispiel etwa auf die Schonung seiner Maschinen oder seiner Produktion ankommt, ein Indiz sein.

dd) Wenn wir die Alternativität von Opfersicherung und Eingriffsschutz des subjektiven Rechts vollends bis hierher durchskizzieren, kommt es uns freilich nur darauf an, die Reichweite der in diesem Zeichen aufgegriffenen Systemverbindungen deutlich zu machen - Verbindungen, deren konsequente Verfolgung in der Auseinandersetzung der Theorie mit der Unrechtslehre zu vermissen ist, ohne die sich das wahre Gewicht der über §§ 812 ff. BGB weit hinausgehenden bereicherungsrechtlichen Zustandshaftung aber auch der Praxis nicht erschließt.

---

912) Einen solchen Wertersatzanspruch hat das Reichsgericht in RGZ 97, 310 ff. dem Eigentümer zuerkannt.

c) Immer aber geht einer solchen Haftung eine Güterverschiebung voraus, die es zu regulieren gilt. Diese Güterverschiebung läßt sich in allen Fällen, und vor allem bei den zuletzt behandelten, weniger handgreiflichen Sachgestaltungen der Bereicherung des Dritten durch eine nur partielle Inanspruchnahme des "Leistungspotentials" des Rechts des Eigentümers, überhaupt erst auf der Grundlage der Zuweisungstheorie und eines nicht länger vermögens-, sondern gegenstandsbezogenen Verständnisses der Entreicherung auf der einen und der Bereicherung auf der anderen Seite klar erfassen.

2. Verharrt man freilich mit der herrschenden Meinung bei der an der Differenzhypothese geschulten Betrachtungsweise, deren Versagen bei der Ermittlung der Entreicherung des Gläubigers schon längst offenkundig ist, sich aber auch bei der Ermittlung der Bereicherung des Schuldners, wie gerade die neueste Entwicklung zeigt, ebenfalls nicht länger verbergen läßt, dann allerdings verliert man über der damit bloßgelegten Brüchigkeit des Dogmas von der Vermögensverschiebung am Ende zwangsläufig auch den Boden für das Prinzip der Rechtsfortwirkung. Denn, wie noch einmal betont sei, wenn diesem Gedanken auf dem Felde des Bereicherungsrechts überhaupt Bedeutung zukommen soll,wenn mit anderen Worten der auf die Bereicherung eines Dritten gerichtete Anspruch in einem subjektiven Recht des Anspruchsinhabers wurzeln soll, so ist der hierzu erforderliche Kontakt zwischen betroffenem Recht und Drittbereicherung nur nachzuweisen, wenn man die Bereicherung auf den Zuweisungsgehalt des Rechts zurückverfolgen kann. Jeder andere Versuch, einen solchen Zusammenhang herzustellen, muß scheitern. Insbesondere läßt sich hierzu im Gegensatz zur Fortwirkung des Rechts vermöge eines deliktsrechtlichen Schadensersatzanspruchs nicht auf ein vorwerfbares Verhalten des Anspruchsgegners abstellen, weil die Entstehung des Bereicherungsanspruchs kein Verhaltensunrecht, sondern Zustandsunrecht voraussetzt. Wohl aber, und nur dann, kann man diese für die Substantiierung der bereicherungsrechtlichen Fortwirkung des subjektiven Rechts unabdingbare Ableitung dartun, wenn man sich der Einsicht beugt, daß man es hier statt mit einer Vermögensverschiebung in Wahrheit mit einer Güterverschiebung zu tun hat.

a) So gesehen mutet fast erstaunlich an, daß eben auch Wilburg, der dem von Rabel[913] zunächst nur für den Schadensersatzanspruch bei deliktischer Verletzung subjektiver Rechte entwickelten Gedanken der Rechtsfortwirkung zum ersten Mal auch in der Bereicherungsdogmatik Eingang verschafft hat und ihn heute für Leistungs- und Eingriffskondiktion gleichermaßen verteidigt, dennoch die Güterverschiebung als Voraussetzung der Bereicherungshaftung glaubt leugnen zu können: Obwohl selbst Vorkämpfer des objektiven Schadensbegriffs[914] und sich wenigstens in der Fragestellung dessen auch bereicherungsrechtlicher Bedeutung durchaus bewußt, verwirft er ausdrücklich das Erfordernis nicht nur einer im Sinne des subjektiven Schadens als Vermögenseinbuße, sondern auch einer im Sinne des objektiven Schadens als Gütereinbuße verstandenen Entreicherung[915]. Mehr noch, immer noch unter Berufung auf die Rechtsfortwirkung forciert er ja den Verzicht auf die Ableitung der Bereicherung aus dem betroffenen Recht sogar so weit, daß er einen Ausgleichanspruch nicht nur ohne das Erfordernis irgendeines Schadens des Gläubigers, sondern auch ohne die Notwendigkeit einer Bereicherung des Ausgleichspflichtigen anzuerkennen bereit ist[916].

Gerade für ihn aber hätte es besonders naheliegen müssen, nicht nur in der Entreicherung den objektiven Schadensbegriff erneut ans Licht zu heben, sondern nun auch sein Augenmerk näher auf den objektiven Bereicherungsbegriff zu lenken. Denn wie wir gesehen haben[917], akzeptiert er diesen Bereicherungsbegriff, wennschon unbewußt, mit seiner These eines außergeschäftlichen Entgeltsanspruchs in Wirklichkeit auch selbst, so daß er ihn nur vermeintlich noch mit dem kurzen Hinweis abtun kann, "Leistung oder Rechtsgutverwendung" seien "an sich noch kein Substrat der Bereicherung"[918]. Wenn damit ein Verhalten gemeint sein sollte, so wäre daran zwar so viel richtig, daß der Bereicherungsanspruch nicht an ein Verhalten anknüpft, sondern

913) Nachweise bei Wilburg, Bereicherung 35.
914) Oben zu Note 834.
915) So schon Bereicherung 103 ff. und 106 ff. (oben Seite 23 Note 50/1).
916) AcP 163, 346 ff., insbes. 348, 356 ff., 360 ff. (oben zu Seite 24 Note 53; zuletzt bei Note 879).
917) Oben zu Note 882/3.
918) AcP 163, 356.

an die Bereicherung als einen in einem bestimmten Ergebnis niedergeschlagenen Zustand. Offensichtlich ist diese Bemerkung jedoch auf einen Begriff der Bereicherung selbst zu beziehen, "der sich ohne Rücksicht auf das Gesamtvermögen isolierend auf einen konkret erlangten Vorteil zurückzieht"[919]. Aber auf gerade diesen Bereicherungsbegriff und nicht auf eine "Bereicherungshaftung ohne Bereicherung" läuft seine These eben tatsächlich hinaus.

Eine solche nicht vermögensbezogene subjektive, sondern vermögensunabhängige objektive Bereicherung liegt in der Herrschaftsmacht über einen Gegenstand oder in dessen Wert, wie sie vom Schuldner leistungs- oder eingriffsweise erlangt worden sind.

b) So aber ist Wilburg und ist mit ihm die herrschende Meinung denn auch der Kritik Essers preisgegeben, der zwar gleich ihnen über der Verfangenheit in der vermögensbezogenen Betrachtungsweise die strenge Entsprechung von Entreicherung und Bereicherung verkennt, jedoch konsequent genug ist, dann auch den Gedanken der Rechtsfortwirkung abzulehnen;darin wird man jedenfalls die tieferen Gründe seiner Vorbehalte zu suchen haben[920]. Statt dessen gilt es zu sehen, daß der mit der Leistungskondiktion nicht anders als der mit der Eingriffskondiktion zu korrigierende Unrechtszustand wegen der in Wirklichkeit die Stelle einer Vermögensverschiebung einnehmenden Güterverschiebung stets den Ausfluß eines übertragenen oder verletzten Rechts darstellt. An der Rechtsfortwirkung ist also nicht zu zweifeln. Damit erledigt sich auch der von Esser wenigstens für die Eingriffskondiktion vorgeschlagene Ausweg, den Anspruch unabhängig von der Rechtsfortwirkung allein noch mit dem Verstoß gegen die Zuweisung eines Rechts zu erklären[921]. Oder noch genauer, in Wahrheit ist der Gedanke, daß einem Dritten die Bereicherung nach der Zuweisung des betroffenen Rechts nicht gebührt, schon gar nicht anders zu begründen als dadurch, daß die Bereicherung aus jenem Recht hervorgegangen ist. Wegen der mit der Entstehung des Anspruchs notwendig

919) aaO.
920) Oben Seite 24/5 zu Note 56/7. Gegen das von Esser freilich in den Vordergrund gerückte systematische Argument oben zu Note 58/9.
921) Oben Seite 25 Note 57.

verbundenen Güterverschiebung lassen sich die Verletzung des Rechts und seine Fortwirkung durch die Eingriffskondiktion überhaupt nicht auseinanderreißen, und bei der mit der Übertragung des Rechts ausgelösten Leistungskondiktion liegt es entsprechend: Immer ist die Bereicherung des Dritten "auf Kosten" des Zuweisungsgehalts des Rechts des Betroffenen erlangt.

c) Da Wilburg und die ihm folgenden Vertreter der Lehre von der Rechtsfortwirkung schon Esser den für ihre Ansicht unentbehrlichen Nachweis eben dieser Ableitung der Bereicherung des Dritten aus einem Recht des Betroffenen schuldig bleiben, haben sie schließlich auch dem über Esser weit hinausgehenden Angriff von Jakobs nichts entgegenzusetzen. Hiernach soll, wie ebenfalls schon erwähnt, aus dem Versagen des Dogmas der Vermögensverschiebung zu folgern sein, daß nicht nur der Gedanke der Rechtsfortwirkung, sondern bereits auch die in die Zuweisungstheorie gefaßte Lehre von Struktur und Funktion des subjektiven Rechts, auf der das Prinzip der Rechtsfortwirkung aufbaut, für die Bereicherungshaftung keine Tragfähigkeit besitzt[922].

Gerade in dieser Kritik tritt, wenn auch unbeabsichtigt, mit schlagender Deutlichkeit die Notwendigkeit in Erscheinung, die am Vermögen orientierte Ermittlung der Entreicherung des einen und der Bereicherung des anderen Teils durch eine gegenstandsbezogene Betrachtung zu ersetzen: Da Jakobs strikt an der Differenzhypothese festhält, bekommt er weder die Entreicherung des Betroffenen noch die Bereicherung des Dritten klar zu fassen und gelangt daher bei der Prüfung der Frage, ob die Bereicherung des Dritten wirklich auf Kosten des Betroffenen eingetreten ist, fast zwangsläufig zu einem negativen Ergebnis[923]. Deshalb sieht er sich nun genötigt, schon den Ansatz der Zuweisungslehre zu verwerfen. Statt dessen will er die Leistungskondiktion nur noch mit der 'rechtsgrundlosen Leistung' als solcher und auch die Eingriffskondiktion nicht mit der Fortwirkung

---

922) Oben Seite 25 zu Note 58.

923) Eingriffserwerb 41 ff., 61 ff., 153 ff. (Entreicherung) und 144 ff (Bereicherung; dazu oben Seite 24 Note 54 und zuletzt Note 881).

eines Rechts, sondern mit dem "widerrechtlichen Handeln" des Eingreifers erklären[924]. Läßt damit die dogmatische Deutung der Leistungskondiktion alle Fragen offen, führt diejenige der Eingriffskondiktion vollends ganz in die Irre. So verdienstvoll gerade Jakobs mit allem Nachdruck hervorhebt, daß man für die Darstellung des Bereicherungsanspruchs auf einen Kontakt zwischen den Beteiligten nicht verzichten und diesen Kontakt außer in der Ableitung der Bereicherung vom Entreicherten nur noch in einem widerrechtlichen Verhalten des Bereicherten finden kann, so trifft er angesichts dieser Alternative doch die falsche Entscheidung, weil er von seinem Ausgangspunkt her nicht zu der hier in Wahrheit gegebenen Güterverschiebung und deshalb auch nicht zu der gesuchten Ableitung durchzufinden vermag. Damit aber wird das in der Rechtswidrigkeit gelegene Verhaltensunrecht in die Bereicherungsdogmatik hineingeschleppt, die allein an dem in der Rechtsgrundlosigkeit gefaßten Zustandsunrecht ausgerichtet ist, wird also die fundamentale Zweispurigkeit des Unrechts verkannt und das Bereicherungsrecht unzulässig mit dem Deliktsrecht vermengt[925]. Davon abgesehen läuft auch der von Jakobs in dem Verhalten des Ausgleichspflichtigen erblickte Zusammenhang von dessen Haftung mit einem subjektiven Recht des Ausgleichsberechtigten[926] in der Sache nur wieder auf die Bestätigung der Fortwir-

924) aaO 155 ff. (Leistungskondiktion); 23 ff., 41 ff., 67 ff. (Eingriffskondiktion).

925) Damit wird der von der neueren Bereicherungsdogmatik in der Auseinandersetzung mit dem von Schulz entworfenen "System der Rechte auf den Eingriffserwerb" herausgearbeitete Ertrag wieder zunichte gemacht, daß für die Erklärung der Bereicherungsansprüche allgemein und insbesondere auch der Eingriffskondiktion ein widerrechtliches Verhalten irgendeines Beteiligten völlig außer Betracht zu bleiben hat; nur dann versagt im Gegensatz zur Auffassung von Schulz die Eingriffskondiktion auch dort nicht, wo es an der Widerrechtlichkeit eines solchen Handelns oder überhaupt schon an einem Handelnden fehlt. Gerade im Hinblick auf die Eingriffskondiktion möchte Jakobs freilich die überwundenen Lehren von Schulz, der das widerrechtliche Verhalten des Eingreifers zum Angelpunkt gemacht hatte, neu belebt wissen. Damit aber muß er zur Erfassung der Fälle, wo dem Erwerber eine Widerrechtlichkeit seines Verhaltens nicht entgegengehalten werden kann oder wo der Erwerb auf einen Naturvorgang zurückgeht, eine besondere Kondiktion wegen gesetzlicher Vermögensverschiebung konstruieren; neuerdings will er in solchen Fällen auch mit einer Analogie zu §§ 994 ff. BGB helfen (AcP 167,360 FN. 27). Richtig gesehen ist statt dessen die umfassende, einheitliche Anspruchskategorie der Eingriffskondiktion schon von vornherein gar nicht erst auseinanderzureißen. Darüber mit Nachweisen schon oben Note 33.

926) Eingriffserwerb 17 ff.,67 ff.,103 ff. Allerdings beschränkt er sich insoweit nicht auf das subjektive Recht, sondern läßt auch eine anderweitig geschützte Rechtsstellung des Betroffenen genügen; aaO 115 ff. (oben Seite 27 Note 59).

kung dieses Rechts durch den Anspruch hinaus, wenn auch fälschlich im Sinne einer deliktsrechtlichen Rechtsfortwirkung. In Wahrheit kann dann aber auch Jakobs selbst nicht auf die von ihm bekämpfte Zuweisungslehre verzichten[927].

Geht man jedoch zutreffend von vornherein konsequent nicht vom Vermögen, sondern von einem subjektiven Recht des Betroffenen aus, um damit zu der an der Stelle der Vermögensverschiebung stehenden Güterverschiebung vorzustoßen, findet nicht nur der Gedanke der Rechtsfortwirkung seine auch bereicherungsrechtliche Bestätigung, sondern werden auch die in seiner Verfolgung aufgetretenen Zweifel an der Zuweisungslehre ausgeräumt. Dann erst hat sowohl die Leistungs- als auch die Eingriffskondiktion ihre erschöpfende Erklärung gefunden.

3. Damit können wir abschließend unsere am Eigentum verdeutlichten Überlegungen noch einmal in dem schlichten Grundgedanken der Fortwirkung des subjektiven Rechts zusammenfassen.

a) Dem Träger des subjektiven Rechts ist die Herrschaftsmacht über einen Gegenstand zur alleinigen Innehaltung zugeteilt. Geht ihm dieser Zuweisungsgehalt seines Rechts verloren, und fließt er einem Dritten zu, so ist in der mit dem Verlust aufgeworfenen Frage einer Haftung gegenüber dem Berechtigten der aus dem Zuweisungsgehalt hervorgegangene und in der Bereicherung des Dritten gelegene unrechtmäßige, nämlich dem Zweck der Güterzuweisung des betroffenen Rechts widersprechende und darum "rechtsgrundlose" Zustand als solcher schon Anknüpfung genug: Es entsteht eine Opfer- oder Eingriffs-

927) Diese Widersprüchlichkeit in der Gedankenführung von Jakobs setzt dort ein, wo auch er selbst von einer Zuweisung an den Eigentümer zu reden beginnt: in diesem Sinne aaO 30. So muß er sich schließlich von Bydlinski, Festschr. Wilburg 74 FN. 97 entgegenhalten lassen, er vertrete trotz all seiner Polemik gegen die Zuweisungslehre diese in Wahrheit auch selbst, und zwar sogar "in geradezu orthodoxer Ausprägung". Jedenfalls aber ist im subjektiven Recht dessen Träger entgegen Jakobs aaO 30 nicht die Nutzziehung aus einem Gegenstand als eine Handlung, sondern die Herrschaftsmacht über diesen Gegenstand zugewiesen, wennschon ihm damit auch die Verwertung des Gegenstandes zugänglich wird. Auch deshalb schon schlägt die von Jakobs von seinem Ausgangspunkt aus gezogene Folgerung nicht durch, daß es auf ein widerrechtliches Verhalten des Eingreifers ankomme. Hierüber schon oben zu Note 3 und 33.

kondiktion gegen den Dritten. Liegt dabei die Entreicherung des Betroffenen notwendig immer nur in der verlorenen Herrschaftsmacht über den Gegenstand, kann demgegenüber die Bereicherung des Dritten nicht allein wieder in dieser Herrschaftsmacht, sondern auch in dem Wert des Gegenstandes bestehen. Aus dem Zuweisungsgehalt des Rechts läßt sich nicht nur mit der Ausübung der Herrschaftsmacht über den Gegenstand, sondern auch mit der Verwertung des Gegenstandes schöpfen. Das schlägt sich im Bereicherungsanspruch nieder, der je nachdem auf Herausgabe oder auf Wertersatz gerichtet ist.

In dieser Anknüpfung der Bereicherungshaftung an einen rechtsgrundlosen Zustand liegt ihre Stärke und ihre Schwäche zugleich. Ihre Stärke, weil zu ihrer Begründung auf das Verhalten des Dritten nicht abgehoben zu werden braucht, ja weil überhaupt ein Dritter nur insofern eine Rolle spielt, als der eingetretene Zustand gerade ihn und keinen anderen auf Kosten des Berechtigten bereichert. Jedoch auch ihre Schwäche. Denn wenn es auf das Verhalten eines Dritten nicht ankommt, so kann nur eine Güterverschiebung diese Zustandshaftung des Dritten als eine Haftung aus dem subjektiven Recht des Betroffenen charakterisieren. Damit aber ist der Bereicherungshaftung immer eine unüberwindbare Schranke gezogen: Rechtsgrundlose Bereicherung des Dritten kann nur sein, was er durch eine Leistung oder einen Eingriff vom Zuweisungsgehalt des Rechts des Betroffenen substantiell auf sich abgeleitet hat, und steht dementsprechend mit dem Zeitpunkt von Leistung oder Eingriff als die Herrschaftsmacht über einen Gegenstand oder der an deren Stelle getretene gemeine Wert des Gegenstandes fest. Nicht dagegen kann Bereicherung des Dritten auch ein Vorteil sein, den der Verlust des Betroffenen ohne eine solche Ableitung oder doch über das abgeleitet Erworbene hinaus schon unmittelbar mit der Leistung oder dem Eingriff selbst oder auch erst in der Folgezeit nur kausal ermöglicht hat. Das heißt zugleich: so wenig die Entreicherung des einen Teils und die ihr gegenüberstehende Bereicherung des anderen Teils in ihrem Inhalt notwendig zusammenfallen, so müssen sie es doch ihrem Umfang nach stets. Dies gilt jedenfalls in dem Sinne, daß die Pflicht des Schuldners zur Erstattung einer Bereicherung eine mindestens ebenso hohe Entreicherung des

Gläubigers voraussetzt, wenn natürlich nicht auch umgekehrt jeder Verlust des Betroffenen überhaupt einen oder sogar einen gleich hohen Zuwachs für einen Dritten zur Folge haben muß. Die Bereicherung des Schuldners läßt sich also nie höher als der mit ihr eingetretene Schaden des Gläubigers bemessen, und erst recht kann auf einen solchen Schaden nicht vollständig verzichtet werden. So richtig der Satz ist, der Bereicherungsanspruch sei nicht einen Schaden des Betroffenen, sondern die Bereicherung eines Dritten auszugleichen bestimmt, so darf er doch nicht zu der falschen Vorstellung verleiten, es könne eine solche Bereicherung ohne den entsprechenden Schaden geben. Die von jedem Verhalten irgendeines Beteiligten völlig unabhängige Anknüpfung der Bereicherungshaftung des Schuldners an einen Unrechtszustand als solchen verdankt ihre innere Legitimation allein der Tatsache, daß dieser Zustand den Ausfluß des Zuweisungsgehalts eines subjektiven Rechts des Gläubigers darstellt. Und eben darum muß jede auf die Erstattung eines "Übergewinns" zielende Haftung, d.h. jede Haftung, die den von der Güterzuweisung des betroffenen Rechts gezogenen Rahmen überschreitet, zwangsläufig die Bereicherungshaftung überfordern[928].

---

928) Nur weil sie die Güterverschiebung zwischen Bereicherungsgläubiger und Bereicherungsschuldner nicht sehen, ist es Wilburg und Jakobs (oben Note 874) möglich, auch die Bereicherungshaftung auf einen Übergewinn zu erstrecken. Das gilt für Wilburg insofern, als er den in seiner Bedeutung ja vor allem von ihm aufgedeckten Grundzusammenhang von Zuweisung und Rechtsfortwirkung nicht konsequent genug herausarbeitet. Für Jakobs ist demgegenüber dasselbe Ergebnis schon die aus der scheinbaren Unmöglichkeit, die Bereicherung des Schuldners vom Gläubiger abzuleiten, ganz bewußt gezogene Folgerung. Nur sieht er sich veranlaßt, dies mit der Ablehnung von Zuweisungs- und Rechtsfortwirkungslehre noch besondere zu unterstreichen, und glaubt sich statt dessen, wenigstens für die Eingriffskondiktion, auf ein Verhalten des Verletzers stützen zu können. Umgekehrt liegt in der von der herrschenden Meinung (Nachweise ebenfalls oben Note 874) vorgenommenen Beschränkung der Bereicherungshaftung auf das konkret Erlangte, mit der ein Übergewinn ausgeklammert wird, wiederum die Bestätigung dafür, daß eine Güterverschiebung stattgefunden haben muß.

Gegen die Erstreckung der Eingriffskondiktion auf einen Übergewinn kann nicht schon geltend gemacht werden, daß damit der Geschäftsanmaßungsanspruch überflüssig würde. Entscheidend ist vielmehr, daß die Bereicherungshaftung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB eine aus dem Zuweisungsgehalt des Rechts des Verletzten abgeleitete Bereicherung des Verletzers erfordert. Für die deliktsrechtliche Haftung nach § 687 Abs. 2 BGB kommt es hingegen auf einen Schaden des Verletzten an, der in vom Verletzer erzielten Gewinn

Entreicherung und Bereicherung bestimmen sich für die Bereicherungsansprüche, die das betroffene subjektive Recht fortwirken lassen, gleichermaßen immer und ausschließlich nur objektiv. Ob Verlust und Zuwachs auch im Gesamtvermögen des Entreicherten bzw. des Bereicherten zu Buche schlagen, ist für die Haftung ohne Belang. Was als Bereicherung gelten kann, steht stets schon mit der Leistung bzw. mit dem Eingriff in der Herrschaftsmacht über einen Gegenstand oder in den gemeinen Wert eines Gegenstandes erschöpfend fest. Und vor allem auch, die Bereicherung ist weder als ein "natürlicher" noch auch als ein "wirtschaftlicher" Begriff aufzufassen. Sie kann vielmehr allein normativ verstanden werden. Denn sie muß sich immer auf den von der Güterzuweisung umspannten Zuweisungsgehalt eines subjektiven Rechts zurückführen lassen, in welchem Haben und auch Verwerten des Gegenstandes zugunsten des Berechtigten monopolisiert sind. Ohne ein solches normatives Verständnis läßt sich insbesondere in den Verwertungsfällen die Ableitung der Bereicherung aus dem Zuweisungsgehalt des betroffenen Rechts nicht begründen und damit einer die Theorie schon bei der "Fortbildung des Eigentumsschutzes"[929] - vom Schutz anderer Rechte ganz zu schweigen - durch den bereicherungsrechtlichen "Wertfolgeanspruch"[930] noch immer und immer wieder beschäftigenden Schwierigkeit nicht Herr werden[931].

---

eingekleidet ist. Dieser Gewinn des Verletzers ist zwar in vollem Umfang durch die Beeinträchtigung des Rechts des Verletzten kausal ermöglicht, darum jedoch nicht notwendig auch und jedenfalls bezüglich des Übergewinns niemals aus dem Zuweisungsgehalt des betroffenen Rechts substantiell abgeleitet. § 687 Abs. 2 greift auch dort ein, wo es an einer Güterverschiebung fehlt.

929) Wilburg, Bereicherung 35.

930) So noch einmal mit Wiedemann (oben Note 56).

931) So erlangt, wer mit fremdem Material gebaut bekommt, bei "natürlicher" oder auch "wirtschaftlicher" Betrachtung das Eigentum am Material vom bisherigen Eigentümer. Bei der gebotenen rechtlichen Betrachtung hingegen erwirbt der Bauherr das Materialeigentum originär, während er den für die Haftung mit der Leistungs- oder Eingriffskondiktion allein maßgeblichen Wert des Materials von dessen Eigentümer derivativ erwirbt. Dazu oben Note 55 und 67.

Um im wesentlichen solche Verwertungsfälle geht es etwa, wenn Wilburg die schon in den Blick gefaßte Notwendigkeit einer objektiven Bestimmung der Bereicherung vorschnell wieder abtut; AcP 163, 356 ff. Und sie sind es auch, an denen Jakobs nachgewiesen sehen will, daß die vom Schuldner erlangte Bereicherung gerade nicht aus dem Zuweisungsgehalt eines Rechts des Gläubigers geflossen sein könne; Eingriffserwerb 41 ff., insbes. 54/5; 155 ff., insbes. 157/8 und passim. Wo im übrigen Jakobs zur Lückenfüllung eine besondere Kondiktion wegen gesetzlicher Vermögensverschiebung

b) Geht demgegenüber dem Berechtigten der Zuweisungsgehalt seines subjektiven Rechts verloren, ohne einem Dritten zuzufließen, oder ist mit dem Verlust zwar eine Bereicherung eines Dritten eingetreten, soll jedoch auf sie nicht abgestellt werden - kommt also mit anderen Worten die einfache Abschöpfung dessen, was aus dem Zuweisungsgehalt des Rechts hervorgegangen ist, nicht in Betracht - so bedarf es zur Lösung der durch den Verlust aufgeworfenen Frage nach der möglichen Haftung eines Dritten einer anderen Anknüpfung. Eine solche Anknüpfung kann nur das unrechtmäßige, "rechtswidrige" Verhalten eines Dritten bilden: Ein der Verhaltenszuweisung widersprechendes, weil den mit dem Verlust des Zuweisungsgehalts verbundenen Schaden des Berechtigten bewirkendes und vorwerfbares Handeln oder Unterlassen. Dies erlaubt gegen den Dritten eine Sanktion in Gestalt von Schadensersatzansprüchen, durch die das betroffene subjektive Recht eine deliktsrechtliche Fortwirkung erfährt. Sie zielen auf Naturalrestitution oder Geldersatz.

Die Anknüpfung der Deliktshaftung an das rechtswidrige Verhalten eines Verletzers bedeutet wieder ihre Schwäche und ihre Stärke zugleich. Ihre Schwäche, weil der Berechtigte seinen Verlust dann nicht von sich ab- und auf einen anderen überzuwälzen vermag, wenn er diesem keinen entsprechenden Verhaltensvorwurf nachweisen kann. Ihre Stärke hingegen, weil sich mit dieser Anknüpfung unabhängig von einem mit dem Eingriff in das Recht im Wege einer substantiellen Güterverschiebung auf Seiten des Verletzers etwa eingetretenen bereichernden Zustand nicht nur der mit der Verletzung als solcher schon bewirkte Schaden in die Haftung einbeziehen läßt. In die Verhaltenshaftung

---

bemühen möchte (aaO 164 ff.; oben Note 33 und 925), vermag er die abgeleitete Natur des Erlangten nur deshalb anzunehmen, weil er an die Fälle eines derivativen Rechtsübergangs und damit an eine Bereicherung in der Form der Herrschaftsmacht über eine Sache denkt. Indes ist der Rechtserwerb des Bereicherungsschuldners in den von ihm als Hauptbeispiel herangezogenen Fällen der §§ 946 ff. BGB gerade originär. Daß der Schuldner dagegen den Wert der verbundenen, vermischten oder verarbeiteten und dadurch in ihrer rechtlichen Selbständigkeit untergegangenen Sache auch hier derivativ aus dem Zuweisungsgehalt des Rechts des Bereicherungsgläubigers erlangt hat, wird von Jakobs (und nicht nur von ihm) wieder verkannt. Hinter alledem steht der vergebliche Versuch, sich gegen eine Normativierung der Bereicherung zu sperren und statt dessen bei einer "natürlichen" oder doch "wirtschaftlichen" Betrachtungsweise stehen zu bleiben.

des Dritten aus dem subjektiven Recht des Betroffenen gleichfalls einbezogen werden kann vielmehr darüber hinaus auch ein weitergehender Nachteil des Betroffenen, der sich aus dem Verlust des Zuweisungsgehalts erst in der Folgezeit bis hin zur letzten mündlichen Verhandlung der Sache entwickelt hat und ebenfalls durch das der Verhaltenszuweisung widersprechende Handeln oder Unterlassen des Verletzers kausal ermöglicht worden ist[932]. Die deliktsrechtliche Sanktion eines rechtswidrigen Verhaltens bleibt also im Gegensatz zur bereicherungsrechtlichen Zustandshaftung nicht auf den Rahmen der Gütezuweisung des betroffenen Rechts beschränkt.

Die Deliktsansprüche, vermöge deren das betroffene subjektive Recht fortwirkt, führen darum zu einem doppelten Schadensbegriff. Der objektive, mit der Verletzung als solcher feststehende Schaden oder, was dasselbe ist, die objektive Entreicherung des Betroffenen bildet in der Schadensrechnung nur die untere Grenze der Haftung; es ist der in der Herrschaftsmacht über dem Gegenstand gelegene, verlorene Zuweisungsgehalt des Rechts wiederherzustellen oder mit dem gemeinen Wert des Gegenstandes abzugelten. Darüber hinaus kann aber auch der im "Interesse" bestehende subjektive Schaden liquidiert werden, der sich erst in der Folgezeit durch die Auswirkung der Verletzung der Zuweisung des Rechts auf das Vermögen des Berechtigten im ganzen ergibt. Beidemal ist auch der Schaden weder als "natürlicher" oder "wirtschaftlicher", sondern immer nur als normativer Begriff zu verstehen. Denn die Haftung des Dritten kann schon von vornherein nicht weiter reichen, als ihm durch die in dem Recht des Betroffenen angelegte Verhaltenszuweisung aufgegeben ist, sein Unterlassen einzurichten und auf mögliche nachteilige Folgen für den Berechtigten abzuschätzen. Die damit durch die Verhaltenszuweisung gewährleistete Verklammerung von objektivem und subjektivem Schaden bildet den

---

932) Auf diese Kausalität des Verhaltens des Verletzers kommt es nicht nur beim gewöhnlichen Deliktsanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB, sondern auch beim Deliktsanspruch wegen Geschäftsanmaßung nach § 687 Abs. 2 BGB, wo der Schaden des Verletzten pauschal mit dem Vorteil des Verletzers erfaßt wird, an; oben Note 928.

"Rechtswidrigkeitszusammenhang" der Haftung[933].

c) Diese Überlegungen münden in die Forderung, im Rahmen des Drittschutzes des subjektiven Rechts, zu dem auch die Erstattungspflicht mit der Leistungskondiktion gehört, den gegenständlichen Kern der Haftung wieder entschiedener in den Vordergrund zu stellen. Eine solche Rückkehr zu den elementaren Formen der Rechtsverfolgung, für das Eigentumsrecht also der Sach- und Wertverfolgung, kann natürlich nicht bedeuten, daß man den mit der Herausarbeitung des vermögensbezogenen subjektiven Interessebegriffs erzielten Fortschritt wieder rückgängig zu machen hätte oder dies auch nur könnte. Wohl aber ist streng zwischen der bereicherungsrechtlichen Zustandshaftung und der deliktsrechtlichen Verhaltenshaftung zu unterscheiden. Auf dem Felde der Deliktshaftung, freilich auch nur auf ihm allein, hat der wesentlich verfeinerte subjektive Schadensbegriff seinen legitimen Platz. Nur ist es verfehlt, über der Differenzhypothese den objektiven Schadensbegriff zu vernachlässigen. Erst recht aber nicht angängig ist es, die Differenzhypothese auch auf die Bereicherungshaftung zu übertragen.

---

933) Nicht anders als für die Bereicherung (oben zu Note 931) führt auch für den Schaden kein Weg an einer solchen Normativierung vorbei und zu einer "natürlichen" Begriffsbildung zurück. Das gilt trotz des jüngst wieder von Mertens, Vermögensschaden, insbes. 11 ff., 50 ff., 227 ff. gegen diese Entwicklung vorgetragenen Angriffs. Was Mertens, insbes. aaO 87 ff., an der Ausbildung des objektiven Schadens kritisiert, kann er letztlich selbst nicht vermeiden, wenn auch er einen "objektiven Schadenskern" anerkennt; aaO 139 ff. (oben Note 835). Aber eben auch darüber hinaus macht die längst nicht mehr zu entbehrende Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang, der objektiven und subjektiven Schaden miteinander verbindet, unübersehbar deutlich, daß auch der Schadensbegriff selbst immer als ein normatives Problem wertender Zurechnung gesehen werden muß.

Lebenslauf

Ich bin am 13.3.1934 als Sohn des Rudolf Bälz und seiner Ehefrau Edith, geb. v. Marchtaler, in Stuttgart geboren. Mein 1947 verstorbener Vater war zuletzt Ministerialdirigent im Reichsjustizministerium.

Nach der Reifeprüfung im Februar 1953 am humanistischen Eberhard- Ludwigs- Gymnasium in Stuttgart begann ich das Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen, setzte dieses im vierten Semester in Grenoble, im fünften Semester in Tübingen und im sechsten Semester in Berlin fort, und machte nach erneuter Rückkehr nach Tübingen dort im Juni 1958 die Erste Juristische Staatsprüfung. Im Juni 1966 legte ich in Stuttgart die Zweite Juristische Staatsprüfung ab.

Ich bin Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Tübingen und deutscher Staatsangehöriger.

Druck: Polyfoto Dr. Vogt KG
Stuttgart 1, Königstraße 51
Telefon 295681

Druck: Polyfoto Dr. Vogt KG
Stuttgart 1, Königstraße 51
Telefon 295681